



IV

COLÓQUIO
INTERNACIONAL
DE PESQUISADORES EM DIREITO

ANNAIS

ORGANIZAÇÃO

Virginia de Carvalho Leal
Juliana Teixeira Esteves
Carmen Montesinos
Abril Uscanga
Iván Vargas Chaves





IV
COLÓQUIO
INTERNACIONAL
DE PESQUISADORES EM DIREITO

ANALIS

ORGANIZAÇÃO

Virginia de Carvalho Leal
Juliana Teixeira Esteves
Carmen Montesinos
Abril Uscanga
Iván Vargas Chaves



Recife
2018



ANAIS DO IV COLÓQUIO INTERNACIONAL DE PESQUISADORES EM DIREITO

Libro de Actas del IV Coloquio Internacional de Investigadores en Derecho

19 e 20 de outubro de 2017 – Recife –PE

ISBN 978-85-418-1009-7

Organização

Profa. Dra. Virginia de Carvalho Leal (UFPE- Brasil)

Profa. Dra. Carmen Montesinos (UNIVIGO – Espanha)

Prof. Dr. Iván Vargas Chaves (UTB- Colômbia)

Profa. Dra. Juliana Teixeira Esteves (UFPE-Brasil)

Profa. Dra. Abril Uscanga (UNAM – México)

Instituições Realizadoras

Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco – PPGD/UFPE – Brasil

Universidad de Vigo – UNIVIGO – Espanha

Universidad Nacional Autonoma de Mexico – UNAM – México

Universidad Teconologia de Bolívar – UTB – Cartagena de Índias, Colômbia

Comissão Editorial e Científica

Juan Antonio Garcia Amado (UNILEÓN – Espanha)

Maria Pilar Gutierrez Santiago (UNILEÓN – Espanha)

Pablo Raúl Bonorino Ramírez (UNIVIGO – Espanha)

Luciana Grassano de Gouvêa Melo (UFPE – Brasil)

Virginia de Carvalho Leal (UFPE – Brasil)

Iván Vargas Chaves (UTB – Colômbia)

Marcelo Labanca Corrêa de Araújo (UNICAP – Brasil)

Juliana Teixeira Esteves (UFPE – Brasil)

Maria Lucia Barbosa (UNICAP – Brasil)

Revisão e normatização Os autores

Capa e Diagramação Carolina Leal Pires

Catálogo na fonte:
Bibliotecária Kalina Ligia França da Silva, CRB4-1408

C718a Colóquio Internacional de Pesquisadores em Direito (4. : 2017 out. 19 e 20 : Recife, PE).

Anais [do] IV Colóquio Internacional de Pesquisadores em Direito = [Libro de actas del IV Coloquio Internacional de Investigadores en Derecho] [recurso eletrônico] / Organização : Virgínia de Carvalho Leal [et al.]. – Recife: Ed. UFPE, 2018.

Vários autores.

Inclui referências.

ISBN 978-85-418-1009-7 (online)

SUMÁRIO

- 13 APRESENTAÇÃO**
VIRGINIA DE CARVALHO LEAL
- GRUPO DE TRABALHO DIREITO CONSTITUCIONAL**
- 17 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SOCIAL DOS DIREITOS POLÍTICOS E A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE NO BRASIL**
ANDERSON VINICIUS NUNES DE LIMA
BRUNO CELSO SABINO LEITE
- 28 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO: UMA EVOLUÇÃO NECESSÁRIA**
RENATO HAYASHI
- 38 A RETOMADA DA SOBERANIA ESTATAL NAS COMUNIDADES: A EXPERIÊNCIA DO COMPAZ E SEUS CONFLITOS SOCIAIS**
GABRIELA ROGÉRIO BORELLA
RAYLAN FRANCESCOLO DOS SANTOS SOUZA
MARIA E LUCIA BARBOSA
- 53 QUANDO O DIREITO INDIVIDUAL GANHA DA FORÇA DO PODER: ANÁLISE DO DIREITO ADQUIRIDO NO BRASIL**
FRANCISCO IVO DANTAS CAVALCANTI
THAMINNE NATHALIA CABRAL MORAES E SILVA
GINA GOUVEIA PIRES DE CASTRO
- 68 DIREITO AO ESQUECIMENTO E PROVIDORES DE PESQUISA: UM ESTUDO COMPARATIVO DOS HARD CASES BRASILEIRO E EUROPEU**
LUIZ CLÁUDIO CARDONA
DANIEL GUEDES DAHER
- 83 ESTUDO COMPARATIVO ENTRE AS MANIFESTAÇÕES SOCIAIS DE 1964 E NA ATUALIDADE**
THAIS KAROLINE FERREIRA DE MEDEIROS
MARIA CARMEN ARAÚJO DE CASTRO CHAVES
- 100 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EXTRAJUDICIAL E A RECONSTRUÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: POSSIBILIDADES E DESAFIOS**
PEDRO DE OLIVEIRA ALVES
- 112 O CONFLITO DA RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSO PARA PROFESSOR DO MAGISTÉRIO SUPERIOR COM UMA VAGA EM CADA ÁREA DO CONHECIMENTO E OS DESAFIOS PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO**
SANDRA MARA SILVA DE LEON
- 122 O CONTROLE DO TERCEIRO SETOR PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS: UM ESTUDO COMPARADO DO MODELO DE REGULAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL**
KAMILLA MICHIKO YAZAWA
THERESA CHRISTINE DE ALBUQUERQUE NÓBREGA
- 138 O ESTADO NEOLIBERAL E SUA ADOÇÃO PELO BRASIL POR MEIO DAS REFORMAS DESCONSTITUENTES DE DIREITOS SOCIAIS**
DREYFUSS FONÊCA DE FREITAS
MARIA LÚCIA BARBOSA
- 152 POVOS ORIGINÁRIOS E A TEORIA DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO: UM ESTUDO DO CASO VENEZUELANO**
RAFAEL BELTRÃO URTIGA
MARIA EMÍLIA MIRANDA DE OLIVEIRA QUEIROZ

GRUPO DE TRABALHO DIREITO INTERNACIONAL

- 178** ***A EXTINÇÃO DA RESERVA NACIONAL DO COBRE E ASSOCIADOS (RENCA) SE CONSTITUI EM UM “ECOCÍDIO”? CONSIDERAÇÕES À LUZ DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL***
AGOSTINHO DA BÔAVIAGEM
JENNIFER KLEIN FERREIRA DE LIMA
- 194** ***DIPLOMACIA PÚBLICA AMERICANA: MEIO AMBIENTE, SOFTPOWER E O JORNALISMO INTERNACIONAL***
THIAGO DINIZ DO NASCIMENTO
VIRGINIA DE CARVALHO LEAL
- 209** ***MERCADO ÚNICO DIGITAL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA A CRIAÇÃO DE UM MERCADO ÚNICO DIGITAL EUROPEU***
ARIADNÉE ABREU DE FRANÇA
- 223** ***REFORMAS E RETROCESSOS: O CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE DERIVADO DO DEVER ESTATAL DE PROTEGER DIREITOS HUMANOS***
JULIANA TEIXEIRA ESTEVES
TIAGO MUNIZ CAVALCANTI
- 237** ***OS DESAFIOS JURISDICIONAIS À SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO ESTADOS SOBERANOS DIANTE DA GLOBALIZAÇÃO DA JUSTIÇA***
MAYARA NUNES MEDEIROS DE SOUZA
ROSA MARIA FREITAS DO NASCIMENTO
- 253** ***CIDADANIA REGIONAL E CIRCULAÇÃO DE PESSOAS EM PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO: UM ESTUDO SOBRE O MERCOSUL À LUZ DO PLANO DE AÇÃO PARA O ESTATUTO DA CIDADANIA E OS DESAFIOS PARA A INTEGRAÇÃO DO BLOCO***
EUGÊNIA CRISTINA NILSEN RIBEIRO BARZA
JOÃO MAURICIO MALTA CAVALCANTE FILHO

GRUPO DE TRABALHO DIREITOS HUMANOS

- 271** ***A AUSÊNCIA DE EFETIVIDADE DA GARANTIA DE VÍSSITAS ÍNTIMAS NAS UNIDADES SOCIOEDUCATIVAS DE INTERNAÇÃO BRASILEIRAS COMO POSSÍVEL FONTE DE VIOLAÇÃO AO DIREITO HUMANO DE LIBERDADE SEXUAL DOS ADOLESCENTES***
REINALDO ALVES PEREIRA
- 277** ***A BIOÉTICA NO BIODIREITO: UMA FORÇA RETÓRICA***
JULIANA DE BARROS FERREIRA
VICTOR JOSÉ GUEDES VITAL
PABLO RICARDO DE LIMA FALCÃO
- 288** ***AS MARCAS DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO RECIFE: DOS EIXOS CONTEMPLADOS AOS IGNORADOS***
MANOEL SEVERINO MORAES ALMEIDA
LUIS EMMANUEL BARBOSA DA CUNHA
- 305** ***BIODIREITO: CAMINHO PARA A (DES) CONSTRUÇÃO DE UM TESTAMENTO?***
ANTONIO JUSTINO DE ARRUDA NETO
DANILO HENRIQUE DE SOUSA MELO
FELIPE D’OLIVEIRA VILA NOVA
- 314** ***CASAMENTO INFANTIL FEMININO E A PERPERTUAÇÃO DA DOMINAÇÃO MASCULINA***
VAGNER ANTONIO DOS SANTOS SILVA
FELIPO PEREIRA BONA
- 330** ***DEMARCAÇÃO DOS TERRITÓRIOS INDÍGENAS: O CASO RAPOSA SERRA DO SOL***
PRISCILA MENDES DA SILVA
MARIA LÚCIA BARBOSA
VIRGINIA DE CARVALHO LEAL

- 340** ***DIREITO DE PROPRIEDADE COLETIVA DOS POVOS TRADICIONAIS: O CASO XUKURU E OS DESAFIOS DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA JUSTIÇA BRASILEIRA***
BRENO ASSIS DE ANDRADE
JOÃO AUGUSTO MARANHÃO DE QUEIROZ FIGUEIREDO
FLAVIANNE FERNANDA BITENCOURT NÓBREGA
- 355** ***EDUCAÇÃO DIGITAL E DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO NA INTERNET***
ALEXANDRE HENRIQUE TAVARES SALDANHA
LUDMILA LINA NASCIMENTO PONTES
- 366** ***ANÁLISE DO CASO VLADIMIR HERZOG VS. BRASIL SOB A ÓTICA DA RELAÇÃO SINALAGMÁTICA DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS***
CAMILLA MONTANHA DE LIMA
- 382** ***MULTICULTURALISMO NA MODERNIDADE: ENTRE LIBERALISMO, COMUNITARISMO E INTERCULTURALISMO***
ANDRÉ RIBEIRO DE AQUINO

GRUPO DE TRABALHO DIREITO E GÊNERO

- 391** ***ALTERAÇÃO DO NOME CIVIL COM A TRANSGENITALIZAÇÃO E O DEVER DO ESTADO DE GARANTIR A PLENA DIGNIDADE DA PESSOA TRANSEXUAL***
MARIA LUÍSA OLIVEIRA MERGULHÃO DE FREITAS HENRIQUES
PAULO FRANCISCO DE BARROS
VIRGÍNIA DE CARVALHO LEAL
- 403** ***VIOLÊNCIA DE GÊNERO E MÍDIA: ASPECTOS MORAIS DO DISCURSO MIDIÁTICO SOBRE CRIMES DE GÊNERO NO SERTÃO DO PAJEÚ – PE***
JÔNATAN DAVID SANTOS PEREIRA
NICOLE LOUISE MACEDO TELES DE PONTES
- 416** ***FEMINISMO E DIREITO: ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS***
BRUNA STEPHANNY MORAIS DE OLIVEIRA SILVA
ANNE CRISTINE SILVA CABRAL
- 431** ***DESMISTIFICANDO O EMPODERAMENTO: SOBRE OS LIMITES E O POTENCIAL CRÍTICO DO USO DA PALAVRA PELOS MOVIMENTOS SOCIAIS E POR JURISTAS***
CECÍLIA GOMES DE SÁ
- 439** ***O GÊNERO NA DOSIMETRIA DA PENA: UM ESTUDO COMPARATIVO DO JULGAMENTO DE ACUSADOS DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS***
JÚLIO EMÍLIO CAVALCANTI PASCHOAL
MARCELA MARTINS BORBA
TARCILA MAIA LOPES
- 454** ***TRANSEXUALIDADE: CONTEXTOS DISCRIMINATÓRIOS NO MERCADO DE TRABALHO E A INDISPENSÁVEL CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO ATUAL CENÁRIO CONSTITUCIONAL***
ANGÉLIKA SOUZA VERÍSSIMO DA COSTA
ROGÉRIA GLADYS ROMEU SALES
- 467** ***TRANSGÊNEROS NO MERCADO DE TRABALHO***
PEDRO VINICIUS DA SILVA QUEIROZ

GRUPO DE TRABALHO DIREITO AMBIENTAL

- 482** ***O PROBLEMA DA TITULARIDADE DAS TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL: UMA INVESTIGAÇÃO DAS IMPLICAÇÕES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE A PARTIR DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS***
ANA CAROLINA AMARAL PINTO
CLÁUDIA XAVIER DE CASTRO
RENATA XAVIER DE CASTRO
- 498** ***A GESTÃO AMBIENTAL, A SUSTENTABILIDADE E O DIREITO À CIDADE***
MARIANA VILELA DUARTE CLEMENTE
- 508** ***A ABORDAGEM DA ÉTICA AMBIENTAL NAS DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO BRASIL***
ANA CAROLINA F. DE MELO BRITO
- 524** ***IMPOSTO CHILENO SOBRE EMISSÕES ATMOSFÉRICAS COMO POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA A MELHORIA DO DESEMPENHO AMBIENTAL BRASILEIRO***
ANTONIO VAZ PEREIRA DO RÊGO NETO
- 540** ***O DEBATE DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMÓVEL URBANA COMO UM DOS ELEMENTOS DA EDUCAÇÃO JURÍDICA EMANCIPATÓRIA***
FELIPE JARDIM
ITALLO MARQUES DE SANTANA
- 554** ***O "POLUIDOR PAGADOR" E CONTRADIÇÕES RELACIONADAS À TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL***
VIRGÍNIA DE CARVALHO LEAL
- 564** ***PERSPECTIVAS JURÍDICAS DA SUSTENTABILIDADE NA LEI DA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS***
VERÔNICA MARIA BEZERRA GUIMARÃES

GRUPO DE TRABALHO FILOSOFIA DO DIREITO

- 578** ***A INSOLUBILIDADE DO PROBLEMA DO CONCEITO DO DIREITO***
ÍTALO JOSÉ DA SILVA OLIVEIRA
- 598** ***O PARADIGMA BIOPOLÍTICO DE GIORGIO AGAMBEN COMO FORMA DE COMPREENSÃO DA REALIDADE JURÍDICO-POLÍTICA BRASILEIRA: ANÁLISE DAS OPERAÇÕES DE GARANTIA DA LEI E DA ORDEM***
STÉFANO GONÇALVES REGIS TOSCANO
CLÁUDIO FERNANDO LUIZ DE SENNA SALLES
- 612** ***FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA REFLEXÕES PRELIMINARES A PARTIR DAS OBRAS DE M. HEIDEGGER E E. VOEGELIN***
RODRIGO BASTOS DE FREITAS
- 626** ***O INSTITUTO JURÍDICO DO "SPOUSAL PRIVILEGE". UM ESTUDO COMPARADO À LUZ DO PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN***
ROSÂNGELA ARAÚJO VIANA DE LIRA
KENNEDY ANDERSON DOMINGOS DE FARIAS

GRUPO DE TRABALHO DIREITO PENAL

- 634** ***SIGNIFICADO POLÍTICO DA CULPABILIDADE: ANÁLISE SOBRE A EXPOSIÇÃO DA FACE POLÍTICA DA CULPABILIDADE POR MEIO DA ADMISSÃO DE CAUSAS SUPRALEGAIS DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO***
SIMONE DE SÁ

645 **EXECUÇÃO DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA AGNÓSTICA DA PENA**

HOMERO BEZERRA RIBEIRO
BENICK TAYPTO DE SANTANA

663 **O COMPLEXO DO CURADO EM PERNAMBUCO E A POPULAÇÃO LGBTT EM PRIVAÇÃO DE LIBERDADE: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICO-CRÍTICA A PARTIR DA INTERVENÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

MARILIA MONTENEGRO PESSOA DE MELLO
NEON BRUNO DOERING MORAIS
GUSTAVO PIRES DE CARVALHO

674 **TRÁFICO DE DROGAS E MULHERES: ENTRE AUTORITARISMO, SELETIVIDADES E PERMANÊNCIAS**

IRICHERLLY DAYANE DA COSTA BARBOSA

GRUPO DE TRABALHO DIREITO PROCESSUAL

684 **APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E DO IMPULSO OFICIAL NO PROCESSO JUDICIAL CIVIL BRASILEIRO: DICOTOMIA OU CONJUNÇÃO DE INTERESSES NA PRODUÇÃO DO ATO PROCESSUAL E NO PROCEDIMENTO QUE ANTECEDE SUA CONCRETIZAÇÃO?**

EMÍLIO D'ALMEIDA LINS

692 **AS ALTERAÇÕES PROCEDIMENTAIS PROMOVIDAS PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 PARA POSSIBILIDADE DE ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE**

ARNALDO FONSECA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO NETO
MARIANA DIONÍSIO DE ANDRADE
RODRIGO FERRAZ DE CASTRO REMÍGIO

706 **MEDIDA PROVISÓRIA NA PRÁTICA: CONTROLE DO AUTORITARISMO E GOVERNABILIDADE**

ANA BEATRIZ DE ARAÚJO LUCENA
HÉLIO SÍLVIO OURÉM CAMPOS

719 **A APLICAÇÃO DO EFFET UTILE PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS ÀS VIOLAÇÕES DE GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS E A COISA JULGADA NACIONAL**

DENISE LUZ
MARIA DE FÁTIMA DE ANDRADE ALMEIDA

GRUPO DE TRABALHO DIREITO TRIBUTÁRIO

728 **A JUSTIÇA FISCAL NA ERA DA AUSTERIDADE: PERSPECTIVAS DA TRANSJURIDICIDADE INTERNACIONAL**

PRISCILA EMANUELE FALCÃO DE OLIVEIRA MENEZES

737 **A NOVA PERSPECTIVA DO BITCOIN NUM CONTEXTO DE EVASÃO FISCAL INTERNACIONAL**

RAFAELA GUERRA MONTE

747 **O PLANEJAMENTO FISCAL INTERNACIONAL ABUSIVO E A IMPORTÂNCIA DO INTERCÂMBIO DE INFORMAÇÕES FISCAIS: A IMORALIDADE DO CASO STARBUCKS**

IDALINA CECÍLIA FONSECA DA CUNHA HINRICHSEN

759 **ORÇAMENTO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESIGUALDADE NO BRASIL**

LUCIANA GRASSANO MELO

766 **TRIBUTAÇÃO ÓTIMA E TAX DESIGN**

ROBERTO GOMES DE ALBUQUERQUE MELO JÚNIOR

GRUPO DE TRABALHO DIREITO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL

784

A ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA, SEUS "NOMES" E A LISTA SUJA: (IM)PACTOS E RETROCESSOS

ANNE GABRIELE ALVES GUIMARÃES

793

A NOVA TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO: LEGITIMAÇÃO DA PRECARIZAÇÃO E AUMENTO DA ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA

JADEÍRA CUNHA RIBEIRO

ISABELE BANDEIRA DE MORAES D'ANGELO

811

A REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO NO BRASIL: UM ESTUDO COMPARADO NA AMÉRICA DO SUL

THAYSA SILVA NOGUEIRA

MARCELA PROENÇA ALVES FLORÊNCIO

824

ANÁLISE DOS REFUGIADOS ECONÔMICOS E AMBIENTAIS SOB OS FUNDAMENTOS DA TEORIA SOCIAL CRÍTICA: SUA PERSPECTIVA NORMATIVA E SOCIOLÓGICA NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

RENATA ALVES CALABRIA

MARIA LÚCIA BARBOSA

VIRGINIA DE CARVALHO LEAL

842

A EXPLORAÇÃO DO TRABALHADOR IMIGRANTE CLANDESTINO, NO CONTEXTO DA REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL: PARA UMA VISÃO ANALÍTICA ARTICULADA COM OS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS E AS TEORIAS DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

ARISTON FLÁVIO FREITAS DA COSTA

MARIA CLARA BERNARDES PEREIRA

TIETA TENÓRIO DE ANDRADE BITU

866

DIREITO DO TRABALHO E ECONOMIA DE COMPARTILHAMENTO: REFLEXÕES ACERCA DE POSSIBILIDADES FUTURAS

FELIPE BURIL FONTES

VANESSA G. GARCIA DE MORAES

882

ESCRVIDÃO MODERNA E OS CABRESTOS CONTEMPORÂNEOS: A MORDACIDADE DA LEI DA TERCEIRIZAÇÃO

DANIETTY TAÍS PEREIRA LIMA

888

O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS A RESPEITO DA JORNADA DE TRABALHO NO BRASIL SOB UMA PERSPECTIVA CRÍTICA

LARISSA XIMENES DE CASTILHO

910

ECONOMIA SOLIDÁRIA E OS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS NO CONTEXTO PÓS-INDUSTRIAL: UM PASSO PARA ÉTICA DIALÓGICA E REDEFINIÇÃO DO OBJETO DO DIREITO DO TRABALHO

DIEGO NIETO DE ALBUQUERQUE

GRUPO DE TRABALHO DIREITO CIVIL

928

A CULPA NO DIREITO SUCESSÓRIO: SUCESSÃO DO CÔNJUGE APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010

DERLANGE NAVARRO

952

A RESPONSABILIDADE DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DA PERDA DA OPORTUNIDADE

ALINE CAROLINA ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA MENEZES DE FARIAS

968

AS TITULARIDADES DOS DIREITOS DIFUSOS: UMA NOVA CATEGORIA JURÍDICA LIGADA AO PERTENCIMENTO E SEUS IMPACTOS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

EVERILDA BRANDÃO GUILHERMINO

- 983** **MULTIPARENTALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO: OS EFEITOS DA REPERCUSSÃO GERAL 622 NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS**
ANA CAROLINE ALVES LEITÃO
MARIA RITA DE HOLANDA SILVA OLIVEIRA
- 999** **O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO POST MORTEM PARA FINS DE PENSÃO POR MORTE: UMA ANÁLISE DA INTERVENÇÃO DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA NO ÂMBITO DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO**
ANTÔNIO LUIZ DUARTE DOS SANTOS
MARIA RITA DE HOLANDA SILVA OLIVEIRA
- 1010** **OBRIGATORIEDADE DO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO: UM REEXAME QUE SE IMPÕE**
FABÍOLA ALBUQUERQUE LOBO
CORA CRISTINA RAMOS BARROS COSTA
- 1027** **OS EFEITOS JURÍDICOS DA "ADOÇÃO À BRASILEIRA" SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO STJ**
MARIA HELENA LEIRO BANCILLON DE ARAGÃO
MARIA RITA DE HOLANDA SILVA OLIVEIRA
- 1041** **RELAÇÕES CONJUGAIS SIMULTÂNEAS**
LUCIANA DA FONSECA LIMA BRASILEIRO AUTO
- 1049** **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE**
RENATA OLIVEIRA ALMEIDA MENEZES
VERUSCHKA MARTINS DE MIRANDA MUNIZ DE FARIAS
- 1067** **TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS SEGUNDO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O EXTRAVIO DE BAGAGEM E SUA INDENIZAÇÃO NO BRASIL**
ANDRÉA VIRGÍNIA BERENGUER DE BARROS E SILVA
TORQUATO DA SILVA CASTRO JÚNIOR

APRESENTAÇÃO





APRESENTAÇÃO

.....
Virginia de Carvalho Leal

○ **Colóquio Internacional de Pesquisadores em Direito - ou *Coloquio Internacional de Investigadores en Derecho*** - nasceu com o principal objetivo de promover um diálogo crítico em um ambiente multidisciplinar entre jovens e experientes investigadores, buscando valorar e difundir os projetos de pesquisa desenvolvidos no âmbito nacional e internacional e estabelecer um diálogo entre eles.

No ano de 2013 o **“I Colóquio Internacional de Investigadores em Derecho”**, foi realizado na cidade de León, Espanha. Em sua primeira edição, contou com a participação de mais de 50 pesquisadores europeus e latino americanos.

Em março de 2015 foi dada continuidade ao projeto com a realização do **“II Colóquio Internacional de Investigadores em Derecho”**, segunda edição celebrada na cidade de Ourense, *Universidad de Vigo*, Espanha.

A rede de pesquisadores envolvida no projeto amplia-se com o seu amadurecimento e a terceira edição ganha também em dimensão geográfica, sendo realizado o **“III Colóquio Internacional de Investigadores em Derecho”** em corealização entre a *Universidad de León* (Espanha), o Programa de Pós-graduação em Direito da UFPE (Brasil) e Centro Universitário Tabosa de Almeida – Asces-UNITA, tendo acontecido simultaneamente no Brasil e na Espanha nos dias 20 e 21 de outubro de 2016.

Em sua quarta edição, em formato ainda mais ampliado e consolidado, o **IV Colóquio Internacional de Pesquisadores em Direito** foi realizado e organizado em colaboração entre 4 países e universidades internacionais: a Universidade de León e Universidade de Vigo (Espanha); Universidade Federal de Pernambuco UFPE (Recife, Brasil), Universidad Nacional Autónoma de México UNAM (México) e da Universidade Tecnológica de Bolívar (Cartagena de Índias, na Colômbia). Além disso, o evento e a presente



publicação contaram com o apoio do edital CAPES/PAEP, o que possibilitou a projeção de um evento único e de singular importância internacional e, por que não, intercontinental.

O IV **Colóquio Internacional de Pesquisadores em Direito** recebeu mais de 150 artigos submetidos aos 16 Grupos de Trabalhos desenhados para promover uma discussão rica e transversal e teve como tema central “**Conflitos e Novos Desafios do Direito**” que, além de realizado com apoio da CAPES/PAEP n. 88887.140322/2017-00, realizou-se igualmente como atividade do projeto de pesquisa internacional DER2016-74898-C2-1-R “*Conflictos De Derechos: Tipologias, Razonamientos, Decisiones*”, do Ministério de Economia e Competitividade da Espanha, do qual é parte a organizadora Profa. Dra. Virginia de Carvalho Leal e que tem como pesquisador principal e membro do comitê científico do IV Colóquio o Prof. Dr. Juan Antonio Garcia Amado, Catedrático de Filosofía do Direito da Universidad de León (Espanha).

A colaboração internacional entre a UNILEON – Espanha e a UFPE – Brasil já perdura desde 2007, e da concepção do Colóquio Internacional de Pesquisadores em Direito, na Espanha, prezou pelo objetivo de envolver e incentivar os professores e pesquisadores, nacionais e estrangeiros - principalmente no âmbito da pós-graduação -, a dar a conhecer e debater suas linhas e projetos de pesquisa. Além disso, o evento sempre incentivou a produção bibliográfica e a publicação, tendo em suas três edições anteriores contado com a publicação de livros e/ou anais com os resultados dos encontros e comunicações estabelecidas entre os participantes, respectivamente: i. *El Derecho y sus Razones*, Ed. Bubok, 2013”; ii. *Derecho, Filosofia y Sociedad: una perspectiva multidisciplinar*, Ed. Andavira, 2016; iii. *Direito, sociedade e meio ambiente*, Ed. RTM, 2018.

A presente publicação, fruto dos trabalhos submetidos e aprovados pelo sistema *double-blind review* ao **IV Colóquio Internacional de Pesquisadores em Direito** reflete a diversidade de temas apresentados nos Grupos de Trabalhos divididos a partir de eixos temáticos comuns que socializaram conhecimento, promovendo um espaço de integração entre as diferentes linhas de pesquisa nos diversos países e o estudo recíproco das mesmas.

Em definitivo, trata-se de **Anais do IV Colóquio Internacional de Pesquisadores em Direito**, de caráter multidisciplinar e que persegue incentivar e reconhecer o trabalho de jovens e experientes pesquisadores da totalidade dos países e universidades envolvidas, agradecendo, dessa maneira, a todos/as que participaram do evento e colaboraram para a realização e elaboração da presente publicação.

Recife, 08 de janeiro de 2018.

Virginia de Carvalho Leal

Doutora em Direito pela Uni León (Espanha)
Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco
Colaboradora Honorífica da UNILEÓN (Espanha)
Professora da UFPE, FIBAM e FNR/FGV

.....

DIREITO CONSTITUCIONAL





A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SOCIAL DOS DIREITOS POLÍTICOS E A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE NO BRASIL

Anderson Vinicius Nunes De Lima¹
Bruno Celso Sabino Leite²

1 INTRODUÇÃO

Tratar de direitos políticos por um viés histórico-social caracteriza um estudo dos fenômenos sociais no transcurso do tempo, estes que por sua vez, dão origem ao direito, e como se observa não existe sujeito de direito sem que o mesmo possua participação política. Essa afirmação trás a reflexão sobre o caráter político dos fenômenos sociais vivenciados ao longo da história do Brasil, e antes dela, pois para compreender os eventos que se seguem na narrativa brasileira se faz necessário analisar a origem do pensamento político brasileiro, que por vezes carrega muito do conservadorismo político português.

As reivindicações de representatividade política e social mostraram-se como as forças-motrices das revoluções (movimentos abolicionistas, republicanos, democráticos e demais) e a partir deles o direito (que em si mesmo não abarca todos os fenômenos sociais e políticos), é confrontado e então se visualiza com clareza a crise política que tem por base o pensamento político conservador e a limitação do pensamento crítico.

A história brasileira vista pelo olhar da formação política do estado e do direito, revela a hegemônica manutenção do conservadorismo político em todos os espaços sociais, como herança portuguesa, que na visão Faoro 2007, contrariava a formação

¹ Graduando em Direito pela Faculdade de Integração do Sertão, membro do Grupo de Pesquisa Atelier de Filosofia.

² Professor de Ciência Política na Faculdade de Integração do Sertão, graduado e mestre em História UFPB e doutorando em sociologia UFPB (PPGS – UFPB).



humanista do restante da Europa, devido à influência que a Companhia de Jesus, enquanto intérprete do Concílio de Trento solidificou o pretexto de combater a heresia.

A ausência renascentista portuguesa, especialmente nas universidades, adentra no direito, e a violência perpetuada pelo conservadorismo político, torna-se filha legítima da cultura portuguesa para com os povos do hemisfério sul (negros e índio-americanos), essa cultura embriagada pelos ideais conservadores constrói na colônia a visão de desumanização do negro, a selvageria do nativo latino-americano e condiciona, a este e outros, à ilusão de representatividade. Diante do exposto, objetiva-se construir a linha temporal dos direitos políticos partindo do pressuposto de existência da crise de representatividade como fator permanente, que deriva da influência conservadora na política e sociedade, e assim vislumbrar formas de efetivar a democracia no Brasil.

2 FORMAÇÃO HISTÓRICA

A expansão marítima hispano - lusitana do fim do século XV e início do século XVI e a interferência direta da Companhia de Jesus na sociedade portuguesa e na catequização dos nativos, bem como o uso da mão de obra escrava, são os pilares da formação histórica do conservadorismo brasileiro.

Portugal que rejeitava o humanismo “virando as costas” para as transformações vivenciadas no restante da Europa dava abertura ao absolutismo emergente, contrariando as tendências iluministas. Partindo dessa lógica é facilmente associável que o pensamento político português torne-se o pensamento político brasileiro, em origem, dentro da argumentação de Faoro “*O mundo colonial deveria ser, pelas normas absolutistas vigentes, uma cópia do mundo português*” (FAORO, 2007, p.22) Percebe-se que os problemas da



metrópole tornam-se os problemas da colônia³ e separam ambas do restante do mundo e dentro desta lógica se constituiu o pensamento político conservador brasileiro.

A base econômica da colônia firmava-se no surgimento capitalismo mercantilista português com o acordo entre comerciantes e a coroa. O rei monopolizava a atividade comercial, abria concessões e garantia o comércio através do poder estatal e o comerciante garantia a circulação dos produtos importados da colônia pela Europa, essa dinâmica funcionou até a segunda metade do século XVIII, quando os comerciantes inspirados pelas correntes liberais começam a questionar a necessidade da intervenção estatal e então atizam as grandes massas a questionarem o domínio do rei e assim como a burguesia francesa apoiam-se em demandas sociais para fazê-lo, movimentos como a Inconfidência Mineira (1789), a Revolta dos Alfaiates (1798) e posteriormente a Revolução Pernambucana (1817), que ocorreram em um período de trinta anos, mostram com clareza o embate entre nobreza e burguesia, o qual a nobreza vencida por ter apoio da Igreja, mas não ilesa.

O conservadorismo político prevalece, e mesmo com o liberalismo econômico ganhando espaço adotava-se apenas aquilo que era favorável ao interesse da elite latifundiária, o movimento de independência cria-se em cima da ideologia liberal, mas ao sair do plano teórico para o plano real verifica-se algo diferente, o monarca português tornou-se imperador com poderes absolutos.

A Igreja continuava a exercer sua influência no âmbito acadêmico, os cursos jurídicos, primeiros cursos universitários do país, seguem os moldes portugueses desde a arquitetura gótica semelhante a presente nas igrejas e capelas portuguesas até a organização curricular. O apoio da igreja ao conservadorismo era manifesto na limitação

³ Dessa lógica parte a vertente que estuda a colonialidade como fator permanente de dominação, causador de toda a problemática social no Brasil, mas ao analisar o conceito de pensamento político e sua origem tal qual Faoro faz, percebe-se que a problemática nacional vai além da herança colonial arraigada na cultura nacional, uma vez que aqui desenvolveu-se um pensamento político próprio mesmo sofrendo grande influência portuguesa. Em dado momento da história é possível separar, não como água e óleo, mas ainda assim distintos, o pensamento político brasileiro e o português.



do pensamento crítico e das artes, convertendo a subjetividade nacional nos moldes portugueses de forma que a literatura, a música e as demais expressões culturais nacionais era importadas de Portugal, somente no século XIX que inicia-se uma nacionalização da cultura e da arte.

Não muito distante desses eventos a sociedade brasileira continuava insatisfeita com os eventos que se seguiam, como sempre estiveram, porém agora tinham o apoio da burguesia emergente insatisfeita com o imperador, unida ao exercito e aos abolicionistas conseguem a Proclamação da República em 1889, que só foi possível devido ao fortalecimento do exército nacional, que em sua maioria era composto por negros, com os eventos decorrentes da Guerra do Paraguai e o Conflito da Cisplatina, combinado isto a pressão inglesa, tem-se um ano antes a libertação dos escravos, que foram peça fundamental para a proclamação da republica brasileira e logo após se viram forçados a habitar nos morros e regiões circunvizinhas afastadas das grandes cidades.

Com a chegada do século XX, a elite latifundiária dispensa os militares antes mesmo que estes ganhem força e constitui o governo das oligarquias e neste momento a política nacional e a participação política encontra-se monopolizada, neste período tem-se os movimentos messiânicos e o surgimento de movimentos armados de combate ao coronelismo, a exemplo do cangaço e movimentos similares de combate ao obscurantismo político.

Quando se tem a crise do capitalismo, os direitos políticos e qualquer representatividade social são usurpados, a oligarquia dá espaço ao autoritarismo que surge como a solução milagrosa dos problemas econômicos, a instabilidade política cresce e Getúlio permite a volta da democracia que dura um breve momento e, logo mais, a instabilidade e crise política voltam a ser o foco, fazendo assim a democracia ceder espaço ao governo militar. Quando ao final do século XIX a democracia ressurgiu com uma constituição chamada cidadã, porém a instabilidade política gerada pela formação do estado nacional combinada com o conservadorismo português fundamentaram o pensamento político conservador brasileiro que tem por tendência o autoritarismo e a



centralização do poder na mão do latifundiário e do burguês e sendo assim a crise de representatividade torna-se historicamente constante.

3 FORMAÇÃO SOCIAL

A política brasileira formada pelos eventos históricos, também sofre influência das inquietações sociais próprias do Brasil e por tanto se faz necessário a compreensão da formação social brasileira, para que se possa analisar o fenômeno dos direitos políticos e toda a problemática em torno destes. Para tanto, dividiu-se em três momentos correlacionados: a profilaxia social; a escravatura; os movimentos republicanos e democráticos.

A influência Jesuíta na cultura portuguesa fez cessar o cunho revolucionário da formação do Estado português, privando este de qualquer contato com o humanismo emergente e limitando o pensamento dos intelectuais a vontade da Igreja, com o argumento que estava protegendo a fé cristã, convencida a nobreza portuguesa do perigo iminente.

O rei D. Sebastião, pela lei de 1571, com o fim de *'impedir as astúcias que o demônio um para perverter o entendimento dos católicos'* proíbe imprimir, importar, vender, emprestar e ter em casa livros *'luteranos, heréticos e reprovados'*. A pena é a morte natural, com perdimento dos bens. A proibição alcança também os livros proibidos pelos *'Santos Padres e pelo Santo Ofício da Inquisição'*, por motivo de proteção da fé, os quais só se podiam ter com licença dos inquisidores e prelados ordinários. (FAORO, 2007, p.21)

Esse ato de privar a construção de um pensamento crítico na sociedade, foi, e é, de fundamental importância para a manutenção do conservadorismo político, de forma que a ausência de direitos políticos e a representatividade de grande parte da sociedade não causa nenhum desconforto e mesmo aqueles que estão oprimidos e subjugados defendem a manutenção da dominação por manifestação do pensamento político conservador, uma vez que não se veem na situação de dominação.



Para a nobreza e o clero não era viável que os camponeses desenvolvessem e ascendessem econômica e socialmente, mas estes continuavam o êxodo rural o que gerava nas cidades uma superpopulação.

3.1 PROFILAXIA SOCIAL

O explorador português ao chegar a América, vê uma terra selvagem, sem qualquer riqueza, o nativo seminua e tão selvagem quanto se poderia ser, além do clima insuportável ao europeu. Esses fatores tornavam a nova terra quase inútil, se não fosse pela engenhosidade e astúcia da nobreza e da burguesia portuguesa, que fez-se crê que a América era um paraíso perdido.

Esta terra desprovida de ouro e prata, de trigo e de gado, de ferro e de vinho mereceria o desprezo do traficante ávido de lucros, de comércio, de metais preciosos e de especiarias. [...]Para esta gente (os camponeses), desprezada, faminta, esfarrapada, expulsa dos campos, não aquinhoada pelos nobres altivos ou pelos comerciantes retirados das navegações, desajustada nas cidades, para ela era necessário, em favor da tranquilidade de todos, um escoadouro. A visão paradisíaca, criada pelo grupo dominante, filtrada da imaginação dos letrados, servia para calar os ódios guardados. Longe, em outros hemisférios, fora do caldeirão das cobiças, havia terras virgens, habitadas de bons selvagens, onde a vida se oferece sem suor, para glória de Adão antes do pecado.(FAORO, 1957, p.99)

A ideia de um paraíso intocado com belas mulheres e homens fortes, livres de qualquer constrição moral, criada pela nobreza, visava “solucionar” os problemas sociais vivenciados em toda a Europa, que com o êxodo rural e o crescimento exponencial da taxa de natalidade levaram a superlotação das cidades.

Esse movimento marca o início, o surgimento do capitalismo mercantilista, que a *priori* tem-se o efeito de escoamento social, tratado por Freyre (2003) como sendo a *profilaxia social e política*⁴, pelo exclusivismo religioso, em maior proporção e a consciência

⁴ Profilaxia nada mais é que um termo médico que cuida da prevenção de doenças utilizando determinados métodos de higiene, a profilaxia social seria a prevenção de determinadas patologias sociais, higienizar a sociedade ao expurgar os seres patológicos antes que eles contaminassem a sociedade europeia.



de raça do português cosmopolita e plástico, em menor proporção, que formou na América tropical uma sociedade estruturalmente agrária e economicamente escravocrata misturando índios e posteriormente os negros em sua composição.

O termo profilaxia social, traduz com perfeição o primeiro momento da colonização, que durou algumas décadas e gerou a migração dos *europæus marginais*⁵ para América, com a promessa de ascensão de pobre a nobre, senhor de terras e de escravos. Ocorre que o imigrante desavisado jamais teria qualquer destas coisas, pois o sistema de colonização interligado ao conservadorismo político o privariam disto *“Quando a Europa impõe à América suas trocas, seu estilo comercial, seu sistema de exploração, o encantamento se retrai, e o duro dia-a-dia, amargo e sem perspectivas, falará sua linguagem”* (FAORO, 1957, p.124). E assim a América se mostrou mais rica do que o nobre português esperava e assim começaram os movimentos de exploração e de desenvolvimento agrário no Novo Mundo, deixando o imigrante esperançoso novamente a margem social.

3.2 A ESCRAVATURA

A ideia de higienização populacional não encerra-se com a migração, quando o nobre e o burguês percebem que a terra nas Américas é fértil e produtiva, bem como rica em minérios, ouro em especial, passam a surgir os impostos a coroa e a exploração da terra, do nativo e do negro passa a ser algo lucrativo.

O índio logo tornou-se inviável para o trabalho escravo devido a sua facilidade em fugir por conhecer bem o território, problema esse que o negro não possuía, por essa razão, a Igreja decide por catequizar e converter o nativo ao cristianismo e logo passa a lhes ensinar os costumes portugueses.

⁵ Em sua maioria camponeses e servos que migravam para as cidades em busca de condições mais favoráveis, mas que na verdade tornavam-se indivíduos sem espaço ou direitos bem definidos na nova organização social europeia.



Os índios aldeados aprendiam a doutrina e os costumes portugueses [...] O problema era assegurar-lhes sustento e trabalho. A atividade tradicional dos índios, a caça, a pesca e o plantio da mandioca, encontraria, logo a seguir, as restrições do povoamento dos portugueses [...]” (FAORO, 2007, p.23)

Mas o conflito com o índio era constante, pela disputa da terra ou pelo trabalho escravo, que só não terminou em tragédia maior devido à intervenção da Igreja em favor do nativo, que o via como um gentio necessitado do amparo da igreja.

A partir do conflito entre a igreja, apoiada pela coroa, e os colonos surgiu o embate entre Colégio e Câmara importante para a formação do pensamento político nacional, esse movimento alinhado à expulsão dos holandeses gerou nos colonos o sentimento de rejeição pela metrópole, que assume caráter revolucionário em 1817.

Durante os conflitos da Cisplatina e do Paraguai, o exército ganhou força, esse que era formado também por negros e mulatos, escravos ou escravos que juntamente com a pressão inglesa para adequar o mundo ao modo de produção capitalista e os movimentos abolicionistas conseguem fazer a elite latifundiária libertar os escravos e logo em seguida proclamar a república.

3.3 OS MOVIMENTOS REPUBLICANOS

A decisão de formar um estado republicano democrático surgiu dos ideais da revolução francesa firmados em Rousseau e Montesquieu, a ideia de bem comum e participação política, bem como a “divisão” do poder estatal levaram a criação do Estado Moderno, mas no meio disso surge os debates sociológicos.

Dentro da nova lógica de organização republicana criada para atender as demandas do modo de produção capitalista, gera-se no Brasil a ilusão de participação popular, pois o negro tornou-se livre, mas foi forçado a viver a margem das cidades, nos cortiços e morros, devido a permanente ideia da profilaxia. O nativo vivendo sob o medo constante,



não sendo nem mesmo aceito na sociedade como sujeito de plenas capacidades, conforme se verifica na legislação vigente à época⁶, e o pobre que não tinha outra escolha se não submeter-se as vontades do patrão, estes não detém qualquer participação política e são submetidos ao padrão capitalista.

Durante esse período de formação do estado republicano o Brasil se torna pouco de revoltas e rebeliões, os movimentos messiânicos, o cangaço e etc., são manifestações do clamor social que só se intensificam até a crise do capitalismo liberal e a ameaça iminente do comunismo, neste momento o latifundiário se vê em risco, pois a importação diminui e o burguês liberal aproveita-se dessa fragilidade para garantir seu modo de vida, suprimi a liberdade de todos.

O autoritarismo, que muito se assemelha ao totalitarismo, é a completa desconstrução daquela política grega, vinculada à liberdade, passa-se agora a intervir em todas as áreas da vida humana. "*Esse desenvolvimento totalitário é, sem dúvida, o passo decisivo no caminho da abolição da liberdade*" (ARENDR, 2002, p.20), sendo assim não existia participação política.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, Getúlio se vê obrigado a abrir o espaço político e a democracia, já fragilizada, surge e não dura muito, com a crescente ameaça comunista, o Brasil tem mais uma vez a liberdade usurpada e seguindo o conceito Aristóteles⁷ não se pode falar em participação política sem liberdade para exercê-la.

⁶ "Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:

I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).

II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

III. Os pródigos.

IV. ***Os silvícolas.***

Parágrafo único. ***Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação.***"(Código Civil, 1916) (grifo nosso).

⁷ Conceito presente na organização da *polis* grega, mas que Aristóteles sintetiza.



A ditadura militar nacional nasceu sob o pretexto de proteger a democracia, mas que para tanto seria necessário retirar a democracia de cena e com imenso apoio midiático, os militares sobem ao poder e arbitrariamente decidem quem pode ou não fazer e o que fazer. Tem-se então um período conturbado, as demandas sociais não deixaram de existir, mas passaram a ser proibido falar ou pensar fora dos moldes da ditadura.

A redemocratização surge como fruto da intensa e incessante luta social, dos diversos grupos que se uniram, mesmo que ilegalmente e reivindicaram os direitos políticos, a participação política e os direitos sociais.

Dentro deste período de intensificação dos movimentos sociais governos de cunho “populista” alcançaram força, porém não resolveram o cerne do problema, apenas mitigaram as discussões e vincularam-se a figura social, sem, contudo abandonar os padrões capitalistas.

O conservadorismo político hibernou por alguns anos, mas ameaçado pelos fenômenos que se sucedem e meados de 2010 surge uma nova onda da crise de representatividade vivenciada ao longo da história, que conforme se comprova, tenta negar espaço político a determinadas camadas da sociedade e inicia-se então um conflito que divide o país entre direita e esquerda, com até então um sucesso demasiado do conservadorismo.

4 DISCUSSÕES E CONSIDERAÇÕES

Ao analisar a história dos fenômenos que levaram ao surgimento do Brasil visualizando o impacto dos mesmos na formação de um pensamento político nacional e como este se manifesta na sociedade e na forma de gerir o Estado, compreende-se que a crise representativa do Brasil é estruturada pela formação do mesmo, não trata-se apenas de uma crise institucional, mas ideológica, política e sobretudo social, nela identificamos a razão pela qual todas as experiências democráticas falharam, ou sucumbiram rapidamente.



A sociedade brasileira do século XXI sofre de problemas semelhantes aos vivenciados ao longo da história, conservadorismo político e dominação da elite burguesa são os pilares principais desta formação e por este fato, movimentos como o de higienização populacional ou o autoritarismo dos governos ditatoriais detêm apoio popular.

O conceito de pensamento político brasileiro forjado pelo conservadorismo político que Faoro descreve, constitui, desde a formação nacional, uma crise representativa, legitimada pelo Estado e pelo direito e intensificada pelas experiências do autoritarismo vivenciadas no Brasil, esses eventos constituíram a problemática da efetividade da democracia nacional.

O direito não atende a todas as demandas sociais e a representatividade política está em constante disputa entre a elite latifundiária e o restante da sociedade tornando assim a crise de representatividade política cíclica.

REFERÊNCIAS

- FAORO, Raymundo, 1925- 2003. **Os donos do poder** : formação do patronato político brasileiro / prefácio Gabriel Cohn. – 5. ed. – São Paulo : Globo, 2012.
- FAORO, Raymundo (1925-2003). Existe um pensamento político Brasileiro? In: COMPARATO, Fábio Konder (Org.). **A República Inacabada**. São Paulo: Globo, 2007. p. 25-165.
- FREYRE, Gilberto (1900-1987). **Casa-grande & senzala**. Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal / apresentação de Fernando Henrique Cardoso – 48ª ed rev. – São Paulo : Global, 2003 – (Introdução à história da sociedade patriarcal no Brasil; 1)
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **“Do Contrato Social ou Princípios do Direito Político”**. In: **Pensadores**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999. Vol. I.
- MONTESQUIEU. **Do Espírito das leis**. Tradução de Gabriela de Andrade dias Barbosa. Rio Janeiro: EDIOURO, S/A.
- ARENDT, Hannah. **O que é política**. São Paulo: Bertrand, 1998.
- ARISTÓTELES. **A Política**. 3ª. Ed., São Paulo, Martins Fontes, 2006.





A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO: UMA EVOLUÇÃO NECESSÁRIA

Renato Hayashi¹

1 INTRODUÇÃO

Os empregados terceirizados têm sofrido ao longo do tempo com a não observância dos seus direitos trabalhistas, segundo o Mercante (2015). Esse fenômeno desencadeou uma ação institucional do Ministério Público do Trabalho (MERCANTE, 2015, p. 9):

O Projeto Terceirização sem calote se originou da necessidade de atuação do Ministério Público do Trabalho frente aos principais problemas detectados nos contratos de prestação de serviços continuados à Administração Pública, dentre os quais se destacam:

- a alta taxa de inadimplência de direitos trabalhistas por parte das empresas terceirizadas, principalmente quando se aproxima o fim do contrato celebrado entre a prestadora de serviços e o ente público;
- o alto índice de contratações emergenciais para assegurar a continuidade do serviço, ocasionando a dispensa de licitações;
- os inúmeros litígios trabalhistas na Justiça do Trabalho;
- as dificuldades de obtenção de valores e/ou bens na execução trabalhista;
- os prejuízos ao patrimônio público/erário, que muitas vezes tem que pagar obrigações trabalhistas, com responsáveis subsidiários.

Além da postura institucional, a Administração Pública adota a teoria da irresponsabilidade nos contratos de terceirização. Entretanto, a justiça do trabalho adota, como de costume, uma postura destoante, mas em conformidade com o judiciário brasileiro, que é a não observância da legislação.

¹ Advogado. Professor Substituto da UFPE. Coordenador de Pós-graduação da ESA/PE, Uninassau e Fac. Joaquim Nabuco. Mestrando em Políticas Públicas pela UFPE. Especialista em Direito e Processo do Trabalho.

A não aplicação da legislação tem como fundamento o princípio da proteção do empregado. Assim, aplica-se uma responsabilidade solidária a partir do entendimento jurisprudencial e em detrimento da lei 8.666/93.

O Brasil passa por diversas crises na atualidade. Destacamos a crise na tripartição dos Poderes para situar o presente artigo. Ocorre que diante da crise de legitimidade sofrida pelos Poderes Executivo e Legislativo, há uma maximização da legitimidade do Poder Judiciário, o que é desastroso para o Estado Democrático de Direito além de violar o disposto no art. 2º, da Constituição Federal de 1988.

Considerando que as funções típicas dos Poderes são: Legislar (Poder Legislativo), Administrar (Poder Executivo) e aplicar as Normas Jurídicas (Poder Judiciário), segundo Montesquieu (2003, p. 166), temos uma grave falha nos Poderes Legislativo e Executivo.

No âmbito do Poder Legislativo temos uma enorme deficiência legislativa, pois a grande maioria dos parlamentares brasileiros não produzem normas jurídicas de qualidade, o que impede a evolução normativa do Ordenamento Jurídico Brasileiro. Sem falar que em muitas Casas Legislativas o controle preventivo de constitucionalidade é praticamente inexistente.

Já o Poder Executivo, em qualquer esfera, se mostra altamente inibido diante da atuação dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário, basta analisar os diversos casos de corrupção noticiados diariamente.

Diante da retração funcional do Legislativo e do Executivo, o Judiciário acaba expandindo sua atuação, de forma a extrapolar a função típica de julgar e passando a “legislar” por meio de decisões judiciais, ou seja, o ativismo judicial.

Ativismo judicial corresponde à atuação legislativa do Poder Judiciário, que diante da obrigatoriedade de decidir e da lacuna legislativa cria o direito no momento de julgar (BARROSO, 2008).

O ativismo judicial apesar de ser uma forma de garantir o julgamento das demandas judiciais, gera uma quebra do raciocínio lógico-normativo. Pois, no atual quadro



normativo as súmulas dos Tribunais possuem maior poder normativo do que as próprias leis.

Na estrutura piramidal de Kelsen (2003, p.246-256), certamente, as súmulas e orientações jurisprudenciais estão hierarquicamente abaixo das leis, ou até mesmo fora da pirâmide normativa. Contudo, na prática, há total prevalência do entendimento dos tribunais em face de qualquer texto normativo.

É claro o entendimento do legislador pátrio no sentido da superioridade das Leis em face das súmulas dos Tribunais, basta uma análise dos arts. 59 a 69, da Constituição Federal de 1988, que estabelecem um rígido procedimento para a criação das normas jurídicas, o que não acontece com as súmulas.

Em síntese, na prática, as súmulas possuem maior força normativa que as leis. Tal inversão fere não só a tripartição de poderes, fere, ainda, a própria Constituição Federal, que estabeleceu o processo legislativo como procedimento para criação de normas jurídicas.

Assim, estabelecemos o corte epistemológico do presente trabalho: não é juridicamente possível que a Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho e o julgamento do RE 760931, do Supremo Tribunal Federal prevaleçam sobre a Lei 8.666/93 e todos continuem a violar o princípio de proteção ao trabalhador.

A problemática do presente estudo consiste em analisar e propor uma nova perspectiva no tocante à responsabilidade trabalhista da Administração Pública em face dos contratos de terceirização, considerando a legislação, o entendimento dos Tribunais e os princípios trabalhistas.

2 PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS

Utilizaremos a teoria da autopoiese como perspectiva metodológica do presente trabalho.

Segundo Luhman (2007, p.44):

Os sistemas autopoieticos são aqueles que por si mesmos produzem não só suas estruturas, mas também os elementos dos que estão constituídos – no interior destes mesmos elementos. Os elementos sobre os que se alcançam os sistemas autopoieticos (que vistos sob a perspectiva do tempo não são mais que operações) não têm existência independente (...). Os elementos são informações, são diferenças que no sistema fazem uma diferença. Neste sentido são unidades de uso para produzir novas unidades de uso – para o qual não existe nenhuma correspondência no entorno.

Ao sistema normativo cabe analisar o externo e se autoproduzir a partir dos elementos internalizados (RAMOS, 2014).

Considerando que a sociedade é formada por diversos subsistemas sociais e que o Direito é um dos subsistemas, cabe ao Direito evoluir para acompanhar as mudanças dos demais subsistemas sociais, quais sejam: moral, ética, religião, movimentos sociais, política, dinheiro, amizade etc.

Moral, religião, política, ética e os demais subsistemas sociais são todos produtores de normas éticas, assim como o Direito, cuja principal característica é conter um comando normativo que diz qual conduta deve ser seguida pelo destinatário sob pena de sofrer uma sanção. (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 348)

Entretanto cabe ao Direito ser o produtor exclusivo de normas jurídicas por ter uma relativa emancipação em face dos demais subsistemas (ADEODATO, 2007, p. 205). Não obstante, é o Estado que possui a legitimidade social para punir os cidadãos, desde o contrato social.

No sistema autopoietico há uma abertura cognitiva que possibilita a captação das informações existentes fora do Direito e após o fechamento cognitivo o sistema evolui e se adapta às novas informações (ADEODATO, 2007, p. 206-208).

Assim, não podemos nos conformar com um Ordenamento Jurídico que é regido por decisões judiciais, principalmente quando tais decisões violam todos os preceitos normativos e principiológicos.



3 ANÁLISE NORMATIVA: INEGABILIDADE DOS PONTOS DE PARTIDA?

Para o presente estudo fixamos os seguintes elementos jurídicos: Art. 71, da Lei 8.666, Súmula 331, TST, Julgamento do Recurso extraordinário RE 760931, do STF e princípio da proteção do empregado.

Dentre as diversas definições possíveis entendemos que Terceirização consiste na transferência da execução das atividades acessórias para outra empresa fornecedora de mão de obra (GARCIA, 2015, p. 195).

A terceirização não é novidade e tem como objetivo, inicialmente, livrar os tomadores do serviço da preocupação com atividades-meio e manter o foco na atividade-fim da empresa (FARIA, 1994).

Segundo Valença (2002):

Há três propósitos básicos na mente de quem decide terceirizar: a diluição dos custos diretos e indiretos; a elevação do nível de eficiência dessa atividade, pela sua execução terceirizada; e a manutenção de um nível mínimo aceitável de lealdade à empresa, por parte dos novos executores das atividades terceirizadas.

Existem três sujeitos na terceirização: tomador de serviços, empregado terceirizado e a empresa fornecedora da mão de obra terceirizada.

Apriori, nessa triangulação jurídica há uma relação cível entre tomador de serviços e empresa fornecedora da mão de obra e uma relação trabalhista entre a empresa fornecedora da mão de obra e o empregado terceirizado.

O posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho está sintetizado na Súmula 331, *in verbis*:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

À luz da interpretação literal temos que a terceirização não é admitida no direito brasileiro, salvo as exceções (vigilância, limpeza, conservação e demais atividades-meio), de forma que o vínculo é estabelecido diretamente com o tomador do serviço em caso de violação da regra geral.

Com a reforma da terceirização por meio da Lei 13.429/17, é possível tanto a terceirização da atividade-meio, quanto da atividade-fim:

Art. 9º O contrato celebrado pela empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviços será por escrito, ficará à disposição da autoridade fiscalizadora no estabelecimento da tomadora de serviços e conterà:

§ 3º O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.

A lei 13.429/17 estabelece ainda que não se forma vínculo de emprego entre o empregado terceirizado e o tomador do serviço. Há, apenas, a responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas estritamente ao período da prestação do serviço:

Art. 10. Qualquer que seja o ramo da empresa tomadora de serviços, não existe vínculo de emprego entre ela e os trabalhadores contratados pelas empresas de trabalho temporário.

§ 7º A contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer o trabalho temporário, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991



Quando ocorrer o inadimplemento das obrigações trabalhistas o tomador do serviço será responsável subsidiário pelo seu adimplemento, desde que tenha a oportunidade de se defender na reclamação trabalhista e há uma limitação em face do período em que utilizou a mão de obra terceirizada. A mesma responsabilidade subsidiária é aplicada à Administração Pública. Em ambos os casos discordamos totalmente, mas isso será tratado no decorrer do artigo.

Para que a Administração Pública possa utilizar a mão de obra terceirizada é necessário um processo licitatório, previsto na Lei 8.666/93.

Por força do Art. 37, II, da Constituição Federal, nenhum empregado terceirizado que preste serviço na Administração Pública criará vínculo trabalhista, pois isso só é possível mediante a aprovação em concurso público.

Só poderá ser contratada a empresa que estiver com regularidade fiscal e financeira, além de possuir o menor preço com a melhor qualidade do serviço (princípio da eficiência).

Não obstante, temos ainda, a lei de licitações e contratos administrativos, Lei 8.666/93, em seu §1º, art. 71, *in verbis*.

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

A lei de licitações e contratos administrativos estabelece que não há responsabilidade da Administração Pública por dívidas trabalhistas.

Assim, temos uma espécie de antinomia jurídica, ou seja, conflito normativo. De um lado temos a súmula 331, do TST e de outro temos a Lei 8.666/93.

A lei 13.429/2017, traz uma reforma da terceirização, cujos principais pontos são a possibilidade de terceirização de atividades fim e a expressa imposição da responsabilidade subsidiária do tomador do serviço em face do período em que usou a mão de obra terceirizada.

Em termos jurisprudenciais, o STF, proferiu um julgado (RE760931) fixando a responsabilidade subsidiária da administração pública, apenas, quando houver prova que a fiscalização do contrato foi maculada por erro da própria administração, por meio do servidor público responsável pela fiscalização do contrato, o que permite, mas não obriga, a ação regressiva por parte do Estado em face do servidor responsável para reparar o prejuízo financeiro.

4 A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA

Nos moldes da hierarquia normativa do direito brasileiro, uma súmula não pode ser contrária a uma lei federal, pois nem está na pirâmide de Kelsen. No entanto, a súmula 331, do TST, tem sido amplamente aplicada à revelia da lei 8.666/93.

Mesmo deixando de lado a formalidade hierárquica, o próprio conteúdo da súmula 331, do TST, tem se mostrado pouco eficaz nas ações trabalhistas. Ocorre que com a responsabilidade subsidiária da Administração Pública o empregado tende a não receber seus créditos trabalhistas, pois não obstante a dificuldade de a Administração Pública pagar, boa parte das empresas terceirizadas contratadas não possuem patrimônio para saldar as dívidas trabalhistas.

Assim, entendemos que o direito precisa evoluir, seja para alterar a lei 8.666/93, para revogar a súmula 331, do TST ou para alterar a lei 13.429/17.

A administração pública deve ser solidariamente responsável pelas dívidas trabalhistas oriundas dos contratos de terceirização.



Nesse caso, a responsabilidade solidária decorre da culpa *in elegendo* e da culpa *in vigilando*.

A culpa *in elegendo* decorre da escolha feita pela Administração Pública durante o processo licitatório. Cabe à Administração escolher a melhor empresa e não apenas o menor preço.

Segundo Barros (2006, p. 430):

Trata-se de uma responsabilidade indireta, fundada na ideia de culpa presumida (*in eligendo*), ou seja, na má escolha do fornecedor da mão-de-obra e também no risco (art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002), já que o evento, isto é, a inadimplência da prestadora de serviços decorreu do exercício de uma atividade que se reverteu em proveito do tomador

A culpa *in vigilando* reside no fato de que a Administração deve fiscalizar o cumprimento do contrato e isso inclui o pagamento dos direitos trabalhistas, cabendo, ainda, uma ação regressiva em face do gestor do contrato, que não fiscalizou corretamente e autorizou o pagamento à empresa terceirizada.

Para Velloso (2016):

Assim, a ausência de fiscalização por parte do ente público desponta como outro fundamento para a responsabilização da Administração Pública nas terceirizações, em razão da configuração da culpa *in vigilando*. Essa modalidade de culpa diz respeito ao dever que a o poder público possui de fiscalizar se a empresa contratada está cumprindo com suas obrigações trabalhistas durante todo o período de duração do contrato de prestação de serviços.

Portanto, a responsabilidade da Administração deve ser solidária, mas essa imputação só pode ser por força de lei, uma vez que não se pode presumir a responsabilidade solidária, art. 265, do Código Civil.

Não obstante, a alteração legislativa também deve incluir o dever do Estado em acionar regressivamente os servidores públicos responsáveis pela contratação e fiscalização dos contratos de terceirização de mão obra. Constatando-se o *dolo* ou culpa, os servidores envolvidos devem ressarcir os cofres públicos além de receberem a devida punição administrativa e criminal.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> acesso em 24 de jul. 2016.
- MONTESQUIEU. **Do espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- FARIA, A. **Terceirização: um desafio para o movimento sindical**. In: MARTINS, H. H. T. S.; RAMALHO, J. R. (Orgs.). **Terceirização: diversidade e negociação no mundo do trabalho**. São Paulo: Hucitec, 1994.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4.ed. São Paulo: Martins fontes, 2000.
- LUHMANN, Niklas. **La sociedad**. México: Herder, 2007.
- MERCANTE, Carolina Vieira et al. **TERCEIRIZAÇÃO SEM CALOTE: Manual de Atuação da Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública**. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015. Disponível em: <https://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/686dec36-9611-4893-b5b9-85f701cf8a83/Terceirização+sem+Calote_WEB.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=686dec36-9611-4893-b5b9-85f701cf8a83>. Acesso em: 06 jul. 2017.
- RAMOS, Chiara. **O direito como comunicação produzida por um sistema autopoietico**. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/29639/o-direito-como-comunicacao-produzida-por-um-sistema-autopoietico/2#ixzz3gjknyFTy>. Acesso em 24 de julho de 2016.
- VALENÇA, Myrian Constantino de Almeida; BARBOSA, Allan Claudius Queiroz. A terceirização e seus impactos: um estudo em grandes organizações de Minas Gerais. **Revista de Administração Contemporânea**, Curitiba, v. 6, n. 1, p.163-185, abr. 2002. Quadrimestral. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rac/v6n1/v6n1a10.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2017
- VELLOSO, Catarina Coelho. **A responsabilidade da Administração Pública tomadora de serviços terceirizados: análise à luz das peculiaridades do tratamento jurídico dado ao Estado**. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-responsabilidade-da-administracao-publica-tomadora-de-servicos-terceirizados-analise-a-luz-das-peculiaridade,55136.html>>. Acesso em: 12 out. 2017.



A RETOMADA DA SOBERANIA ESTATAL NAS COMUNIDADES:

A EXPERIÊNCIA DO COMPAZ E SEUS CONFLITOS SOCIAIS

.....

Gabriela Rogério Borella¹

Raylan Francescoli dos Santos Souza²

Maria Lucia Barbosa³

1 INTRODUÇÃO

Desde a redemocratização do Brasil e da implementação da Constituição Cidadã de 1988, as políticas públicas se tornaram fortes alicerces dos governos de Estado e sua efetivação, bem sucedidas ou não, acabam influenciando nos índices de aprovação das gestões.

Por conta disso, surgiram políticas ligadas a educação, como o PROUNI (Programa de Universidade Para Todos) e o bolsa escola, assim como políticas de assistência sociais como o bolsa família e o chapéu de palha e na área da saúde projetos como o Programa de Saúde da Família (PSF) e o Sistema Único de Saúde (SUS).

Nesse contexto de implementação bem sucedida de políticas públicas, o Estado passou a voltar sua atenção também para os alarmante índices de violência, que tornavam o País um dos mais perigosos do mundo. Assim, surgem as políticas públicas atreladas à segurança social, como proposta de solução do conflito entre Estado e criminalidade.

As políticas públicas pacificadoras são uma ramificação aprimorada das políticas de segurança pública, visto que diferente destas, que eram paliativas pois procuravam solucionar casos concretos, aquelas são preventivas e buscam, em tese, desestruturar os elementos fundantes da violência social.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

² Graduando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

³ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.



Assim, em 2008 surge a principal política pacificadora do Brasil, a UPP (Unidade de Polícia Pacificadora), implantada pela primeira vez no Estado do Rio de Janeiro e consagrada como um dos mais importantes programas de segurança pública realizado no país nas últimas décadas.

De fato, a UPP é uma política que trava um confronto direto contra a violência, mas é preciso analisar e compreender também como se estruturam outros projetos pacificadores de intervenção indireta, como o COMPAZ (Centro comunitário da Paz), que acabam auxiliando na manutenção e sucesso de projetos mais bélicos ou militarizados como o projeto carioca.

Nesse sentido, inspirado no modelo supracitado e nos de instalação do poder público em localidades estratégicas das cidades colombianas de Medellín e Bogotá, o COMPAZ igualmente foi projetado como uma medida preventiva de segurança pública a nível municipal, na cidade do Recife.

Nesse contexto, a análise das políticas públicas pacificadoras é um fator extremamente importante, visto que tais políticas acabam por ditar os índices de segurança pública e de desenvolvimento social do país, além de serem atualmente o principal meio de contato entre Estado e zonas periféricas, podendo, de acordo com a projeção dada, tornarem-se meios de efetivação das garantias de direitos constitucionais.

2 A EVOLUÇÃO DAS POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA

As origens das políticas de segurança pública adotadas por um governo estão intimamente ligadas ao surgimento do Estado Moderno e dos requisitos que são intrínsecos à sua existência. Segundo Marx Weber (Weber, 1974 [1921], v.1, p.43-44), “por estado deve entender-se um instituto político de atividade contínua, quando e na medida que seu quadro administrativo mantenha com êxito a pretensão ao monopólio legítimo da coação física para a manutenção da ordem vigente.”



Para Weber, o conceito de Estado envolve três componentes essenciais: O monopólio legítimo da violência, dominação e território. Aliando essa divisão com as idéias perpetuadas pelas teorias contratualistas, pode-se concluir que o Estado surge como o ente político que toma para si o direito de recorrer à violência como forma de resolução de conflitos.⁴

Portanto, não há na sociedade moderna outro grupo ou ente com legitimidade para utilizar a violência como forma de resolução de conflitos nas relações interpessoais ou intersubjetivas, ou ainda nas relações entre os cidadãos e o Estado.

A ordem jurídica confere ao Estado a legitimidade para atuar controlando e regulando as relações sociais, através da violência, o que lhe confere o monopólio do poder em um determinado território. Vale ressaltar que conforme ensinamentos de Hannah Arendt (Arendt, 1973 [1969]), a violência não é o oposto do poder, porém um de seus fundamentos.

Assim, tendo em vista o contexto brasileiro e os vários ensinamentos deixados pela sociologia jurídica no que se refere ao pluralismo jurídico, já se compreende que não há, em verdade, um monopólio da ordem pelo Estado e que existem outros atores ou grupos sociais que possuem poder e controlam determinada localidade.

Exemplos dessa referida situação podem ser visualizados no trabalho realizado por Boaventura de Souza Santos no Rio de Janeiro, analisando o discurso jurídico do "direito de pasárgada", e no filme "o homem do ano". Ambos retratam, primeiramente, a ausência do Estado nas comunidades periféricas brasileiras, as quais permaneceram ao longo do tempo sem assistência pública jurídica e social.

Dessa forma, surge em um segundo momento a ideia de que o espaço deixado pelo Estado nas localidades periféricas brasileiras foi preenchido pelo tráfico de drogas e o

⁴ ADORNO, Sérgio. **O Monopólio Estatal da Violência na Sociedade Brasileira Contemporânea**. Disponível em: www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/34bbcf74ba03ae8937993b54b50f2739.pdf acesso em: 8 de novembro de 2017



desdobramento social de suas atividades. Nasceria então um novo agente de controle social dessas comunidades, o qual deteria o monopólio do poder e ditaria as normas sociais.

Nesse sentido, a estratégia utilizada pelo Estado para retomar o monopólio do poder supostamente perdido nessas localidades foi demonizar o tráfico de drogas, gerando medo e pânico social. Segundo Vera Malaguti Batista (Batista, 2003) e Nilo Batista (Batista, 2002), “o estereótipo do comunista, combatido pelo regime ditatorial dá lugar ao estereótipo do traficante/favelado, o qual corporifica todo o mal contra o qual a sociedade deve se unir”.

Logo, associa-se o tráfico de drogas a um dos piores males da sociedade brasileira, o qual deve ser imediatamente combatido através da repressão estatal, legitimando qualquer estratégia de “segurança” que venha a ser adotada perante a opinião pública com um forte apoio dos meios de comunicação.

“O processo de demonização do tráfico de drogas fortaleceu os sistemas de controle social, aprofundando seu caráter genocida. O número de mortos na ‘guerra do tráfico’ está em todas as bancas. A violência policial é imediatamente legitimada se a vítima é um suposto traficante. O mercado de drogas ilícitas propiciou uma concentração de investimentos no sistema penal, uma concentração dos lucros decorrentes do tráfico e, principalmente, argumentou para uma política permanente de genocídio e violação dos direitos humanos contra as classes sociais vulneráveis: sejam eles jovens negros e pobres das favelas do Rio de Janeiro, sejam camponeses colombianos, sejam imigrantes indesejáveis no Hemisfério Norte.” (BATISTA, 2003. p. 145)

Esse raciocínio inclusive foi tão logicamente construído que os meios de comunicação cunharam a expressão “Poder Paralelo” para denominar os poderes que os agentes do tráfico hipoteticamente exerceriam nas favelas e periferias. Sintetizando esse raciocínio, haveria as seguintes idéias:

- a) O Poder Público, ao se abster de atuar nas comunidades pobres, está sendo substituído por organizações criminosas, o que deve ser corrigido com a presença estatal nas favelas, incluindo aí a ocupação das comunidades por forças policiais;
- b) O tráfico de drogas nas favelas foge ao controle do Estado, constituindo uma ameaça às classes mais favorecidas e à ordem instaurada, sendo necessária maior repressão policial nas comunidades “dominadas” por atividades ilícitas e



c) O tráfico de drogas varejista das favelas tem poderes equivalentes aos estatais, disputando espaço com este. Tal afirmativa lança um desafio ao Estado para que se afirme como soberano internamente, usando para isso suas forças repressivas.”⁵

Contudo, todo esse raciocínio é irreal porque não existe um ente “tráfico de drogas” centralizado e organizado de forma semelhante ao poder público, bem como essa atividade não se propõe a governar e prestar serviços públicos aos moradores das periferias. Obviamente existe em certa medida o controle de alguns aspectos da vida social pelo tráfico, todavia ele não se equipara nem substitui atuação estatal.

Feitas todas essas considerações acerca da falácia construída pelo Estado nas comunidades periféricas sobre o tráfico de drogas, evidencia-se que o caminho escolhido para “retomar” o monopólio do poder nessas localidades foi a “guerra às drogas”.

Para acabar com o “maior mal que assola a sociedade brasileira” foi necessário fazer mais uso explícito da violência, fortalecendo a polícia ostensiva e as forças armadas para reprimir o tráfico, punir os criminosos e retomar o controle social. Esses inúmeros confrontos armados entre polícia e traficantes geram exponencialmente a morte de jovens negros todos os dias.

Nessa toada, a política de guerra às drogas entra numa nova fase: A de pacificação das comunidades “vítimas do tráfico”. A pacificação simboliza um empenho público para dissolver o referido conflito em nome de uma situação de “ordem originária”, a qual diz respeito justamente ao monopólio do poder estatal.

A principal estratégia utilizada para pacificar uma determinada localidade é a intervenção direta e violenta da polícia e das forças armadas na mesma, com o detalhe de que essa intervenção se perpetuará através da ocupação e instalação pública nos lugares escolhidos. O maior exemplo brasileiro de uma política de segurança pública apoiada na

⁵ MORAIS, Marcelo Navarro de. **Uma Análise da Relação Entre o Estado e o Tráfico de Drogas: “O Mito do poder Paralelo”**. Disponível em: e-
revista.unioeste.br/index.php/ccsaemperspectiva/article/download/1434/1164+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-a Acesso em: 10 de novembro de 2017



estratégia pacificação são as Unidades de Polícia Pacificadoras (UPPs), implantadas nas favelas do Rio de Janeiro, conforme se detalhará mais adiante.

Por fim, inspirado no modelo das UPPS, entre outros, atualmente o COMPAZ se destaca entre os projetos de segurança pública pacificadora implantados no Brasil. Situado no Recife (PE) e objeto do presente trabalho, o COMPAZ possui algumas peculiaridades que serão abordadas ao longo da discussão a seguir.

3 As UPPs

Considerada, atualmente, a principal política pública do País, a UPP (Unidade de Polícia Pacificadora), foi implantada pela primeira vez no morro de Santa Marta no final do ano de 2008 e posteriormente se alojou em outras comunidades pobres do Rio de Janeiro, como na Cidade de Deus, na Rocinha e no Complexo do Alemão. Atualmente existem 38 UPPs instaladas em aproximadamente 264 territórios daquele Estado, consagrando-as como um dos mais importantes programas de segurança pública realizado no Brasil nas últimas décadas.

Segundo a secretaria de segurança a Unidade de Policiamento Pacificadora é um novo modelo de Segurança Pública e de policiamento que promove a aproximação entre a população e a polícia, aliada ao fortalecimento de políticas sociais nas comunidades. Ao recuperar territórios ocupados há décadas por traficantes e, recentemente, por milicianos, as UPPs objetivam levar a paz às comunidades do Morro Santa Marta (Botafogo – Zona Sul); Cidade de Deus (Jacarepaguá – Zona Oeste), Providência (Centro), entre outras.⁶

Como ressalta Anderson Andrada, mestre em geografia pela UERJ, a implementação das UPPs, pelo menos em seu início, teve grande apoio dos veículos midiáticos, além de forte incentivo dos moradores dos bairros nos quais essas comunidades estão instaladas,

⁶GRILLO, Marcelo. **Segurança Pública: UPPs mudam conceito de policiamento nas comunidades.** Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/seguranca-publica-upps-mudam-conceito-de-policiamento-nas-comunidades-16971524>.



quase sempre de classe média alta como Botafogo e Copacabana, que veem no projeto pacificador uma possibilidade de diminuição da dualidade asfalto-periferia, trazendo, assim, uma maior segurança no dia-a-dia dessa parcela, mais abastada, da sociedade.⁷

O grande questionamento, que permanecia era qual a opinião dos moradores das comunidades pacificadas, mas por meio de uma pesquisa organizada pela Fundação Getúlio Vargas, entre os dias 22 e 27 de maio de 2009, ficou demonstrado uma grande satisfação dos moradores nas comunidades Dona Marta e Cidade de Deus. Quando perguntados se achavam que essa política de atuação deveria ser estendida para outras comunidades, 97% dos entrevistados do Dona Marta responderam que sim e 95% dos que moravam na Cidade de Deus também concordaram.

No entanto, depois da expulsão dos líderes do tráfico no Morro Santa Marta e a posterior ocupação da polícia militar, foi iniciada uma nova fase do processo pacificador, em que foram colocados 120 policiais para o policiamento da comunidade e com vigilância 24 horas por todas as entradas, 624 metros de muro com 3 metros de altura que cerca toda comunidade, além disso, foram instaladas câmeras que monitoram as áreas estratégica.

O grande problema dessa medida, é que tal reforço na vigilância não se configura em proteção aos membros da comunidade pacificada, mas apenas numa tentativa de controle da movimentação do tráfico e de isolamento daquele território do resto do tecido urbano da cidade carioca, o que pode ser comprovado pela própria construção do muro supracitado , o forte controle da entrada e saída dos moradores, enquanto o mesmo policiamento deixa a desejar muitas vezes na atuação em "crimes comuns" praticados dentro da comunidade como furto, assaltos, arrombamentos.

⁷ ANDRADA, Anderson. **Reflexões sobre UPPs e a fragmentação do tecido sociopolítico-espaial na cidade do Rio de Janeiro**. Disponível em: http://www.feth.ggf.br/UPP.htm#_edn5.



Assim, a polícia militar, por meio desse método de intervenção, acaba sendo apenas o braço armado do Estado no processo de efetivação do controle estatal sob o território conquistado ou retomado, dependendo do referencial, deixando de concretizar, aquela conexão entre polícia e comunidade proposta pela Secretaria de Segurança Pública e ainda cometendo um erro ainda mais danoso que é o reforço do estereótipo criminoso que sempre esteve atrelado aos moradores das comunidades brasileiras.

Além de todos esses fatores, verifica-se que nos últimos anos, desde a implantação das primeiras UPPs no Rio de Janeiro, a violência urbana contraditoriamente tem crescido de forma exponencial nessas áreas já “pacificadas”. Não obstante, em recente pesquisa da, mesma, Fundação Getulio Vargas (FGV) sobre os indicadores de criminalidade de 2006 a 2016 nas regiões “pacificadas”, conclui-se que os homicídios dolosos recuperaram o fôlego entre 2013 e 2015, passando de 52 para 109 assassinatos em comparação ao período anterior.

Tais números evidenciam que houve fortes falhas no processo de pacificação como um todo e parte disso se explica pela não efetivação da UPP social, programa criado pela Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro, que tinha como finalidade a promoção da integração urbana, social e econômica das áreas em que foram instaladas UPPs.

É inegável que foram investidos milhões nessas comunidades e que muitas se tornaram parte do roteiro turístico da cidade como o vidigal, a grande sensação do turismo social, como vem sendo chamada a visitação a essas comunidades, mas esta inserção por meio do turismo é muito mais focada no atendimento aos turista do que no real desenvolvimento da comunidade.

Isso pode ser comprovado, pelo estabelecimento, pelo próprio Estado em conjunto com as agências de turismo, de zonas visitáveis nessas comunidades, onde tudo funciona, boa iluminação, segurança, mirantes e até restaurantes de luxo, enquanto a realidade da comunidade permanece a mesma, com falta de saneamento, ensino profissionalizante qualificado e áreas de lazer, criando, dessa forma mais um contraste social, dessa vez dentro do morro.



Segundo o Jornal Extra, só no mês de março de 2016, nas comunidades pacificadas foram registrados 112 trocas de tiros entre polícia e traficantes, somando no mínimo 3.693 tiros, uma média de um tiro a cada 12 minutos. É nesse contexto, que começam a surgir movimentos organizados por moradores que se colocam contra essa militarização na comunidade, seja através de representantes de associação de moradores ou de movimentos como o coletivo Ocupa Alemão, que defende a desmilitarização dos morros cariocas.⁸

A justificativa para esse posicionamento é baseada nos diversos casos de abuso policial na comunidade que vão desde invasões a celebrações familiares como aniversários até a morte de jovens como Mário Lucas, que tinha 18 anos, morto por um policial, dentro de casa, ou de Eduardo Ferreira, de 10 anos, morto por um tiro em frente a sua residência.

Todos esses fatores, fazem o jovem Souza, membro do coletivo Ocupa Alemão supracitado, em entrevista para a Carta Capital, contar que : " A UPP nunca tirou o tráfico de drogas, só trouxe uma falsa sensação de segurança para a classe média".⁹

Quanto ao, sempre comentado, vácuo de poder deixado pelo Estado nessas comunidades e posterior ocupação desse espaço pelo tráfico, mesmo que de forma parcial e sem nem mesmo um estabelecimento de contrato social entre as partes, o ativista afirma que antes das UPPs os moradores eram obrigados a responder aos traficantes, mas hoje, após sua efetivação, ficam na trincheira entre as duas partes dessa guerra.

Logo, se recorrem à polícia podem sofrer represália dos traficante e a recíproca também é verdadeira, o que acaba retornando para a problemática de que a polícia age muito mais como um fiscal da legalidade do que realmente um protetor dos moradores das comunidades pacificadas.

⁸SOARES, Rafael. **Favelas com UPPs registram um tiro a cada 12 minutos em março**. Jornal Extra online. Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia>.

⁹ PELLEGRINI, Marcelo. **UPP não acabou com o tráfico, só trouxe falsa sensação de segurança**. Disponível em: www.cartacapital.com.br/revista/858/espremidos-entre-dois-senhores-6954.html/@@amp



Por fim, é preciso ressaltar que o processo de pacificação deve ter como foco os moradores das comunidades, sendo assim, a consulta dessa população na tomada de decisões sobre o desenvolvimento do modelo pacificador, é um pré-requisito para que haja uma real integração social, como pelo menos se propõe teoricamente o projeto, sem isso resta apenas um processo de invasão ou dominação do Estado sobre uma população economicamente carente, mas que tem muito a ensinar sobre sociabilidade e desenvolvimento social sem incentivos financeiros, é como dizia Paulo Freire, não há saber mais ou saber menos, o que existe são saberes diferentes, e que no caso do Rio de Janeiro, precisam ser tratados com a igualdade, sem o racismo e o classismo, merecida.

4 O COMPAZ

4.1 A EXPERIÊNCIA COLOMBIANA

O projeto dos Centros Comunitários da Paz teve influência das experiências de combate à violência nas cidades colombianas de Medellín e Bogotá, as quais possuíam números alarmantes de violência nos anos 1990. Em Bogotá, a taxa de homicídios chegou a 80 por 100 mil habitantes no começo daquele ano, enquanto Medellín já foi considerada a cidade mais violenta do mundo, atingindo a taxa de 381 homicídios por 100 mil habitantes também nos anos 1990.

A diminuição exponencial das supracitadas taxas, tornando as cidades de Bogotá e Medellín laboratórios de prevenção e combate à criminalidade, começou a nível nacional em 2002, com a eleição do presidente Álvaro Uribe Vélez. Com um mote político neoconservador, de guerra ao terror, ao narcotráfico e às Forças Revolucionárias da Colômbia (FARC), os dois mandatos de Uribe (2002-2006 e 2006-2010) basicamente simbolizaram a volta do Estado colombiano às localidades há muito “perdidas” para tais forças.

A proposta de Uribe de resgatar a autoridade e a ordem para o Estado colombiano se associava com o exercício de um “presidencialismo forte” e possuía supostas alianças



com grupos paramilitares. Com essas características nascia então o seu “plano de paz” para a segurança pública, chamado de Política de Segurança Democrática (PSD):

“A PSD foi concebida sobre três grandes pilares: consolidação do território nacional (com destaque para o papel das forças armadas e uma desmobilização dos grupos paramilitares); eliminação do comércio das drogas ilícitas, fortalecendo para isso a política de fumigação das zonas de plantio e combate pelo exército aos grupos de narcotraficantes; e proteção das fronteiras, através de acordos com os países vizinhos.”¹⁰

Com o “estado de comoção interior” (2002), o governo incrementou o efetivo de militares e unidades policiais, contando com o apoio dos Estados Unidos, bem como autorizou prisões sem ordens judiciais e instituiu a possibilidade de detenção de pessoas com base em suspeitas de intenções de cometer delitos. Tudo a fim de explicitamente promover uma “restauração do império da lei na Colômbia”.

Nesse contexto surgiram as Zonas de Reabilitação e Consolidação, zonas de expulsão de populações ao Sul da Colômbia, de repressão a movimentos sociais e populares dessas regiões, assim como de perseguições políticas e desaparecimentos. A repressão contra as FARC e o narcotráfico acabaram gerando déficits sociais e políticos, como por exemplo é o caso dos deslocados internos.

Em um nível micro, com o apoio dos EUA no fortalecimento das forças armadas colombianas, foi criada a Força de Intervenção Rápida do Exército (FUDRA) e além disso, os prefeitos das cidade de Medellín e Bogotá passaram a desempenhar funções de chefe de polícia, autorizando a atuação da FUDRA quando achassem necessário.

A intervenção da força pública para desarticular as áreas mais violentas das referidas cidades dominadas pelo narcotráfico se deu através de uma ocupação permanente de tais focos de violência. Essa movimentação foi garantida por um policiamento ostensivo, invertendo a lógica de valorização do policiamento preventivo para manter a “paz social”.

¹⁰ TRINDADE, Manuela Viana. **Condicionantes da Ascensão de Uribe e Aliança Estratégica com os EUA na Construção do Estado Colombiano.** Disponível em: www.geocities.ws/politicausp/relacoesinternacionais/alcont/Viana.pdf Acesso em: 4 de novembro de 2017.



Após a intervenção armada nos locais estratégicos de Medellín e Bogotá, gerando uma “pacificação”, as prefeituras de tais cidades começaram a realizar uma série de obras sociais, demonstrando que a antiga ordem política instituída pelo narcotráfico fora expulsa para o estabelecimento da ordem estatal.

Dentre essas obras sociais encontra-se a construção de postos de saúde, escolas municipais, delegacias e até bancos populares, os quais ofereciam serviços de empréstimos com baixos juros. Nesse contexto, pode-se afirmar que a criação de parques-bibliotecas com área de lazer foi a principal inspiração para a experiência do COMPAZ na cidade do Recife.

4.2 ORIGEM E FINALIDADES DO COMPAZ

Ante o exposto alhures acerca da experiência colombiana de segurança pública a nível nacional, bem como nas cidade de Medellín e Bogotá, e embora tais projetos tenham sofrido influências de fatores sociopolíticos diferentes da realidade brasileira e recifense, pode-se constatar que os mesmos possuem grandes semelhanças com os planos de segurança implantados em cidades do Brasil.

A experiência de pacificação nas periferias colombianas foi inicialmente estudada pelos governos dos estados de Minas Gerais e do Rio de Janeiro, resultando na experiência das UPPS, observada anteriormente. No Recife, o projeto de pacificação colombiano foi absorvido pelo secretário municipal de segurança urbana do Recife, Murilo Cavalcanti (PMDB), e resultou no Centro Comunitário da Paz, inaugurado em 2016 no Alto Santa Terezinha.

Segundo informações do próprio site do COMPAZ, o “espaço de cidadania e promoção de Cultura de Paz oferece diversos atendimentos e atividades esportivas. O Compaz foi concebido sob a ideia de oferecer “o melhor para os mais pobres”, com o objetivo de garantir inclusão social e fortalecimento comunitário”.



A inserção pública recifense por meio da promoção da cultura é fiel à experiência de Medellín e Bogotá ao criar a biblioteca Afrânio Godoy. É a maior já construída pela Prefeitura do Recife (850m²) e faz parte de uma Rede de Bibliotecas pela Paz. Conforme o site do COMPAZ, “esse projeto traz uma nova dinâmica de conhecimento e cidadania para a cidade. A ideia é aproximar os jovens que perderam interesse por esses espaços, por meio de atividades lúdicas nas comunidades nas quais pertencem”.

O funcionamento do COMPAZ se dá em quase todos os dias da semana (terça-feira a domingo) e entre os serviços de “cidadania” oferecidos, além da biblioteca, figuram atividades esportivas e culturais, bem como mediação de conflitos e um atendimento especializado às mulheres vítimas de violência doméstica.

As unidades do COMPAZ originalmente foram planejadas para serem concebidas em pontos estratégicos da cidade, totalizando cinco bairros atingidos: Alto Santa Terezinha, Cordeiro, Joana Bezerra, Ibura e Totó. Contudo, até a presente data só se encontram finalizadas as obras do primeiro bairro citado.

Logo, percebe-se que o projeto do COMPAZ na cidade pernambucana possui as mesmas finalidades do vivenciado nas cidades de Medellín e Bogotá: Retomar a ordem estatal nos locais dominados pelo tráfico de drogas através de uma ocupação permanente desses espaços.

5 CONCLUSÃO

Visto isso, conclui-se que a lógica utilizada nas cidades de Medellín e Bogotá foi de intervenção direta das forças armadas e da polícia nos lugares dominados pelo narcotráfico seguida da ocupação permanente do poder estatal nesses espaços, garantida pela polícia ostensiva, através da construção de obras sociais.

Portanto, pode-se dividir o projeto de segurança pública dessas cidades em duas fases: A primeira, de intervenção pública por meio das forças armadas e da polícia nas



comunidades violentas, e a segunda, de ocupação permanente deste espaço por meio de obras sociais.

É possível observar essas etapas de implementação do projeto de segurança pública nas UPPs do Rio de Janeiro. Contudo, no Recife aparentemente a primeira fase, de intervenção armada do Estado nas comunidades periféricas dominadas pelo tráfico, é concomitante à “segunda fase”, de surgimento do COMPAZ e de sua instalação.

Ao invés de primeiramente o Estado invadir a localidade violenta, “pacificando-a”, para depois de um tempo ocupá-la, a segunda fase é utilizada como uma maneira de encobrir a primeira.

Observa-se essa forma de atuação na medida em que, por exemplo, o COMPAZ instalado no Alto Santa Terezinha foi construído na área de uma “boca de fumo”, simbolizando a implicação da atuação camuflada do poder público na expulsão dos traficantes que atuavam nesta determinada localidade.

Da mesma forma, o alcance do “projeto de paz” no bairro em tela também deu aval para constantes batidas policiais nas casas dos moradores, bem como revistas indiscriminadas (“baculejos”) na população local. No fim, a aparência de promoção de obras culturais e de lazer na verdade encobre mais um projeto de intervenção direta do Estado, por meio da violência, nas comunidades periféricas.

Por conta de sua recente implantação, ainda não existem estudos completos ou análise dos dados de violência das áreas que abrigam o COMPAZ, somente relatos informais de moradores dessas áreas. Visto isso, com a provocação realizada no presente trabalho, espera-se que haja uma maior reflexão acerca da opção governamental por um projeto de segurança pública pacificador.

REFERÊNCIAS

ARENDR, Hannah. **Crisis da República**. São Paulo: Perspectiva, 1973



BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis Ganhos Fáceis: Droga e Juventude Pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **UPPs, direito e justiça: Um estudo de caso das favelas do Vidigal e do Cantagalo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

WEBER, Marx. **Ensaio de Sociologia e Outros Escritos**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

.....



QUANDO O DIREITO INDIVIDUAL GANHA DA FORÇA DO PODER:

ANÁLISE DO DIREITO ADQUIRIDO NO BRASIL

.....

Francisco Ivo Dantas Cavalcanti¹
Thaminne Nathalia Cabral Moraes e Silva²
Gina Gouveia Pires de Castro³

1 TEORIA DA APLICAÇÃO E DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS NO BRASIL: PEQUENA INTRODUÇÃO AO TEMA

Em estudo intitulado “Constituição e Direito Adquirido”, HORTA (1995, p. 274), afirma que “o constitucionalismo brasileiro, desde o seu texto inicial, em 1824, consagrou o princípio da irretroatividade ampla, desconhecendo a técnica da retroatividade parcial, preferida nas Constituições dos Estados Unidos de 1787, da Argentina de 1853, da Itália de 1947 e da França de 1958”.

¹ Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife – UFPE; Doutor em Direito Constitucional – UFMG; Livre Docente em Direito Constitucional – UERJ; Livre Docente em Teoria do Estado – UFPE; Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas; Membro da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas; Presidente do Instituto Pernambucano de Direito Comparado; Presidente da Academia Pernambucana de Ciências Morais e Políticas; Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional México); Miembro del Consejo Asesor del Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid; Ex- Diretor da Faculdade de Direito do Recife – UFPE; Membro da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas; Fundador da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democráticos; Membro Efetivo do Instituto dos Advogados de Pernambuco; Membro do Instituto Pimenta Bueno - Associação Brasileira dos Constitucionalistas; Professor Orientador Visitante do Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, conforme aprovação do Colegiado, em 31 de maio de 2001; Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade da Amazônia, UNAMA, Belém do Pará; Juiz Federal do Trabalho - (aposentado); Advogado e Parecerista.

² Bacharela em Direito pela AESO – Faculdades Integradas Barros Melo - FIBAM, Licenciada em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET, Especialista em Justiça Constitucional pela Universidade de Pisa-Itália, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE e Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, Advogada e Professora Universitária.

³ Bacharela em Direito pela AESO – Faculdades Integradas Barros Melo - FIBAM, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE e Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, Advogada e Professora Universitária.



A questão do *Direito Adquirido* entre nós, encontra-se intimamente vinculada ao tratamento que é dado pelo ordenamento brasileiro à *Teoria da Aplicação e da Irretroatividade das Leis*, o que significa dizer-se que, para bem entender aquele (*Direito Adquirido*), necessário se faz que abordemos, previamente, os problemas derivados desta última questão (*Aplicação e Irretroatividade das Leis*) que, em com a única exceção de 1937, jamais deixou de ser tratada pelos diversos modelos constitucionais, desde o imperial, até o vigente, de 1988.

No seu clássico “Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império”, PIMENTA BUENO, analisando a *Garantia de Não Retroatividade das Leis*, escreve que “a garantia é uma promessa, uma segurança que a lei estabelece para fazer respeitar efetiva e eficazmente um direito. Ora, nem a liberdade, nem a segurança teriam garantia alguma desde que as leis pudessem ter efeito retroativo.”(1978, p. 385-386).

O homem não deve, em circunstância alguma, ser julgado, nem mesmo interrogado pelo poder público, senão em virtude de uma lei anterior e constante. Enquanto essa lei não existia sua liberdade não estava limitada no sentido dela, seus atos eram lícitos, eram filhos do seu direito, não tinha que responder por eles senão a Deus e à sua consciência.

A lei que, instituindo uma obrigação ou penalidade, fizesse com que ela retrogradasse, e fosse dominar os fatos ocorridos antes de sua promulgação e publicidade legal, aniquilaria toda a ideia de segurança e liberdade. Nenhum homem poderia em dia algum asseverar que deixaria de ser perseguido, pois que qualquer dos atos de sua vida anterior poderia ser erigido em delito.

Analisando o texto de 1824, RAMOS (2003, p. 108-109) doutrina que “de fato, não se pode olvidar que a norma vedatória da retroatividade legal estava inserida no Título 8º da Constituição imperial, concernente aos direitos políticos e aos direitos e garantias individuais, não se compadecendo com uma interpretação sistemática do texto constitucional o entendimento de que ali se estava a proibir, de modo absoluto, projeção de efeitos retroativos. Ou seja, na verdade, podem-se extrair do inciso III do art. 179 da Constituição de 1824 dois comandos normativos referentes à eficácia temporal dos atos



legislativos em matéria civil: o primeiro, mera norma de condicionamento, pela qual a lei, salvo disposição expressa em contrário, não apresenta efeitos retroativos; o segundo, autêntica norma de limitação, impeditiva da retroatividade, mesmo que expressamente determinada pelo Legislador, nas hipóteses em que se configurar a ofensa a direitos adquiridos”.

A *Constituição de 1891*, em seu art. 11, 3º, determinava como vedação à União e aos Estados “prescrever leis retroactivas”, enquanto no art. 72, § 15, determina-se que “ninguém será sentenciado, sinão pela autoridade competente, em virtude lei anterior e na forma por ella regulada” (mantida a grafia).

CAVALCANTI (2002, p. 42) já se referia, ao comentar o texto de 1891, a uma fórmula que viria a ser, posteriormente, consagrada pelo constitucionalismo brasileiro, a saber “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, além de fazer uma verdadeira conclamação à Magistratura nacional, no momento em que for chamada a decidir sobre aquele preceito constitucional, sem dúvida alguma, em texto de profunda atualidade para os dias que vivemos.

Com a *Constituição de 1934*, dá-se um maior detalhamento do preceito da *irretroatividade*, como se vê em seu art. 113, 3): “A lei não prejudicará o direito adquirido, o acto jurídico perfeito e a coisa julgada”.

RAMOS (2003, p. 114-115), com relação ao texto constitucional de 1934, escreve:

A partir daí, não há que se falar, no direito brasileiro, em princípio constitucional da irretroatividade das leis, porquanto a norma de condicionamento agasalhada nos dispositivos correlatos das Constituições de 1824 e 1891, segundo a qual os atos legislativos, em princípio, não geram efeitos retroativos, foi extirpada do plano constitucional, permanecendo, à época, única e tão-somente, como *regra estrutural* de nosso ordenamento, como de resto de todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos.

No que tange à limitação dos efeitos retroativos e retrospectivos das leis civis, adotou-se, em substância, a fórmula do artigo 3º, *caput*, da Introdução ao Código Civil.



Dizemos nós: a partir daí, não só a *irretroatividade* manteve seu *status constitucional*, mas, expressamente, o fez em relação ao *direito adquirido*, ao *ato jurídico perfeito* e à *coisa julgada*.

Omissa em relação ao tema foi a *Carta Política de 1937*, sendo que a *Constituição de 1946*, ao se referir aos *Direitos e Garantias Individuais*, repetiu, em sua inteireza, o texto da *Constituição de 1934*, comportamento seguido pelo texto de 1967 (art. 150, § 3º) e pela Emenda Constitucional nº 1/69 (art. 153, § 3º).

A *Lei de Introdução ao Código Civil* (Decreto-Lei nº 4.657, de 04.09.1942), elaborada na vigência da *Carta de 1937* (que, como dito, não vedava a retroatividade das leis) não manteve, entretanto, a mesma orientação da Lei Maior, e determinou em seu art. 6º que "a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, *respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada*".

Diante desta situação, escreve CAMPOS BATALHA (1980, p. 76) que "assim, a irretroatividade foi consagrada no preceito como um limite ao juiz e às demais autoridades, mas não como um limite ao legislador: mediante disposição expressa, a lei nova poderia atingir as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito".

Assim, *o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI) são imunes a toda e qualquer alteração constitucional, seja pela Emenda, seja pela Revisão Constitucionais, e sob qualquer que seja o fundamento ou programa de governo*, pelo que vale a repetição do texto de CAVALCANTI (2002, p. 42)), já acima citado, no sentido de que "*a magistratura, desde que é provocada pelos meios regulares, tem obrigação de declarar sem vigência e fóra de aplicação as leis federaes ou dos Estados que acaso infringjam a citada disposição constitucional (arts. 59 § 1, e 60 a)*".



2 DIREITO AQUIRIDO E SEU CONCEITO: PERSPECTIVAS LEGAL E DOCTRINÁRIA

O *Direito Adquirido* (definido na Lei Ordinária, como se verá adiante), muitas vezes é confundido com a *Expectativa de Direito* e/ou *Direito Acumulado*, com os quais não se confunde, sendo, portanto, tarefa imprescindível que a Doutrina e a Jurisprudência cuidem de apresentar, corretamente, seus contornos, sobretudo porque, todas estas categorias estão ligadas ao problema da *Lei Nova e sua Irretroatividade*, frente à qual surgem três categorias de fatos, a saber: *facta praeterita*, *facta futura* e *facta pendentes*, ou seja, *fatos passados*, *fatos futuros* e *fatos pendentes*, cada um, evidentemente, com seu regime próprio frente à norma que se insere no sistema jurídico nacional.

Com certa dose de ironia mas muito de verdade, MONCADA (1995, p. 199), após referir-se a *direitos adquiridos* e *expectativas de direito*, escreve que "rigorosamente, poderia mesmo dizer que todo direito, se é direito, é porque já é adquirido; se não é adquirido, é porque ainda não é direito. A ideia dum direito parece implicar a dum sujeito que já de qualquer maneira o adquiriu. Subjetivamente, um direito é sempre direito de alguém, que alguém adquiriu de qualquer forma, mesmo sem vontade".

Considerando-se o sistema constitucional brasileiro, entretanto, a matéria não poderia passar indiferente à Doutrina e a Jurisprudência, isto porque, ao estabelecer a Constituição de 1988, em seu *art. 5º inciso XXXVI*, que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada" - fácil é notar - não define ela o que seja nenhum dos institutos ali mencionados, cabendo (como se disse) à Lei Ordinária oferecer a *definição legal*, ao lado da qual, a *definição doutrinária*, se mostra variável de acordo com a concepção daquele que a apresenta.

Sob a perspectiva da *definição legal*, esta se encontra na *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro* (Decreto-Lei nº 4.657, de 4.9.1942), a qual, após determinar (art. 6º) que "a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, *respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada*", define os institutos, como se vê:



§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não cabe recurso.

Analisando a definição constante do texto legal, FRANÇA (1982, p. 204) escreve que

(...) decompondo-se os termos do preceito em foco, chegamos à conclusão de que, para o legislador, são Direitos Adquiridos:

1. o direito que o seu titular possa exercer;
2. o direito que alguém, como representante de seu titular, possa exercer;
3. o direito cujo começo de exercício tenha termo prefixo;
4. o direito cujo começo de exercício tenha condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem.

Para o mencionado Autor, a substância do conceito está unicamente no primeiro elemento da análise acima exposta. Direito Adquirido, em suma, para o legislador, *é aquele que o seu titular pode exercer.*

A busca de uma compreensão que vá além da *definição legal*, obriga-nos a buscar seu verdadeiro conteúdo na Doutrina e na Jurisprudência, parecendo-nos fundamental, entretanto, a lição de PONTES DE MIRANDA (1987, p. 101) no sentido de que

(...) a lei nova não pode retirar do mundo jurídico o ato jurídico perfeito, nem alterá-lo a seu talante. Também a lei não pode retirar do mundo jurídico o fato jurídico, porque tendo entrado, seria invadir o passado. Todavia, a eficácia do fato jurídico, que se teria de produzir, por estar ligada ao presente, estaria ao alcance da lei nova. Foi por isso que o legislador não se satisfez com a proposição no plano da existência, e lançou outra, no plano da eficácia: "A lei não prejudicará o direito adquirido".

Escrevia DINIZ (1916, p. 47) que

(...) é preciso não confundir o direito adquirido com outras situações menos formais do direito subjectivo. A lei definiu os direitos adquiridos como os que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida, inalterável a arbítrio de outrem (Cod. Civil, art. 3º, § 1º). Esta é uma definição metaphorica. O direito adquirido é o estado de direito que uma lei traz a alguém e que não pôde desaparecer deante de leis ulteriores.



DE PLÁCIDO E SILVA (1989, p. 77), oferecendo um conceito mais largo do instituto, escreve no verbete *Direito Adquirido*: "Derivado de *acquisitus*, do verbo latino *acquirere* (adquirir, alcançar, obter), *adquirido* quer dizer *obtido*, já *conseguido*, *incorporado*".

E continua: "Por essa forma, *direito adquirido* quer significar o direito que já se incorporou ao patrimônio da pessoa, já é de sua *propriedade*, já constitui um bem, que deve ser juridicamente protegido contra qualquer ataque exterior, que ouse ofendê-lo ou turbá-lo".

E prossegue, desta feita oferecendo o que se poderia denominar de pressupostos ao instituto (1989, p. 78):

Mas, para que se considere direito adquirido é necessário que:

- a) - sucedido o fato jurídico de que se originou o direito, nos termos da lei, tenha sido integrado no patrimônio de quem o adquiriu;
- b) - resultando de um fato idôneo, que o tenha produzido em face da lei vigente ao tempo, em que tal fato se realizou, embora não tenha apresentado ensejo para fazê-lo valer, antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo fato jurídico, já sucedido.

O direito adquirido tira a sua existência dos fatos jurídicos passados e definitivos, quando o seu titular os pode exercer. No entanto, não deixa de ser adquirido o direito, mesmo quando o seu exercício dependa de um termo prefixado ou de condição preestabelecida, inalterável a arbítrio de outrem.

Por isso - continua -, sob o ponto de vista da retroatividade das leis, não somente se consideram adquiridos os direitos aperfeiçoados ao tempo em que se promulga a lei nova, como os que estejam subordinados a condições ainda não verificadas, desde que não se indiquem alteráveis ao arbítrio de outrem.

Vinculando os conceitos de *Direito Subjetivo* e *Direito Adquirido*, JOSÉ AFONSO DA SILVA (1995, p. 413) observa que

(...) cumpre lembrar o que se disse acima sobre o *direito subjetivo*: é um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à prestação correspondente. Se tal direito é exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica consumada (direito consumado, direito satisfeito, extinguiu-se a relação jurídica que o fundamentava). Por exemplo, quem tinha o direito de casar de acordo com as regras de uma lei, e casou-se, seu direito foi exercido, consumou-se. A lei nova não tem o poder de desfazer a situação jurídica consumada. A lei nova não pode descasar o casado, porque estabeleceu regras diferentes para o casamento.

Se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transformou-se em *direito adquirido*, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se no seu patrimônio, para ser exercido quando convier. *A lei nova não pode prejudicá-lo, só pelo fato de o titular não o ter exercido antes.*



No plano doutrinário, vale logo ressaltar, predomina ainda hoje o entendimento de C. F. GABBA (1891, p. 191), quando, ainda no final do século passado doutrinava que

(...) é acquistoognidiritto, che a)- èconsequenzadiunfattoidoneo a produrlo, in virtùdellaleggedel tempo in cuiilfattovennecompiuto, benchèl'occasionedifarlovalere non siasipresentata prima dell'attuazionededi una leggenuovaintorno al medesimo, e che b)- a terminidellaleggesottol'imperodellaqualeaccadeilfatto da cui trae origine, entròimmediatamente a far parte delpatrimoniodi chi lo ha acquisito.

Finalmente, CARLOS MAXIMILIANO (1946, p. 43), depois de trazer à colação o referido conceito de GABBA, escreve que “chama-se *adquirido* o direito que se constituiu regular e definitivamente e a cujo respeito se completaram os requisitos legais e de fato para se integrar no patrimônio do respectivo titular, quer tenha sido feito valer, quer não, antes de advir norma posterior em contrário”.

3 DISTINÇÕES NECESSÁRIAS: DIREITO ADQUIRIDO, EXPECTATIVA DE DIREITO E DIREITO ACUMULADO

A correta compreensão do instituto do *Direito Adquirido* impõe ao doutrinador que proceda a uma análise criteriosa de seu conceito, sem dar margens a conotações ideológicas, mas dentro de uma perspectiva estritamente científica. Para tanto, uma observação preliminar deve ser mencionada: o instituto do *Direito Adquirido*, hoje inatingível até mesmo pelo Poder de Reforma, a teor do que determina o art. 60 § 4º, inciso IV da Constituição Federal de 1988, quase sempre foi objeto de análises visando sua aplicação ao *Direito Privado*, o que não é tudo. Imperioso é que o façamos, igualmente, sob a óptica do *Direito Público*, muito embora, adiantemos que, em essência, este fato não haverá de modificar o sentido ôntico de que o instituto é portador.

Para tal, devemos partir de uma distinção que é urgente, ou seja, *Direito Adquirido*, *Expectativa de Direito* e *Direito Acumulado*, expressões que, apesar de *irmãs-gêmeas* e vinculadas ao conceito de *direito subjetivo*, devem ser vistas em seu verdadeiro



dimensionamento, muito embora (adiante-se, de logo), também aqui, não haja consenso sobre as mesmas.

Assim, o *Direito Adquirido*, como lembra LIMONGI FRANÇA (1982), é o *direito que o seu titular pode exercer*, visto que não lhe falta nenhuma das condições estabelecidas pela Lei. Seu titular preencheu todas as exigências, inclusive aquelas que só o seriam após determinado tempo e/ou formalidade, ou seja, *a condição a termo*.

Em se tratando de *Expectativa de Direito*, as condições imediatas estão preenchidas, mas falta-lhe (para tornar-se Direito Adquirido) preencher algo, por exemplo, no caso da aposentadoria, ou o elemento *idade*, ou o elemento *tempo de serviço*. *Só após preenchidos todos os requisitos ou condições, a expectativa se transforma em direito adquirido*.

Finalmente, se tem falado em *Direito Acumulado*, isto é, no período em que se espera que a *expectativa se transforme em direito*, o seu titular somará direitos que, de imediato, poderão ser gozados como, por exemplo, no caso do trabalhador, as férias que não usufruídas, não se perdem, mas acumulam-se.

Neste caso, se não preenchidas as condições para o gozo do direito em expectativa, porque o contrato foi rescindido, acumulou ele o direito à indenização pelo período trabalhado e cujas férias não foram gozadas.

4 CONSTITUIÇÃO, EMENDA CONSTITUCIONAL, DIREITO ADQUIRIDO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Encerrada a fase da *Revisão Constitucional* prevista no art. 3º do ADCT, da qual resultaram as Emendas nºs 1 a 6/94, tal não significou imobilismo do texto de 1988, que já sofreu, além daquelas, nada menos que 97 *Emendas*, até os dias atuais

Toda esta possibilidade de alteração do texto constitucional, entretanto, não se fará a bel-prazer do Poder Reformador, mas sim, dentro dos limites estabelecidos pelo art. 60



da própria Constituição, o que significa dizer-se que são passíveis *do controle de Constitucionalidade*.

No entendimento do STF, não lhe cabia apreciar a constitucionalidade do procedimento seguido pelo Poder Reformador, por entendê-lo matéria *interna corporis*, limitando-se à apreciação dos aspectos materiais da reforma.

Preocupado com o conteúdo da Emenda Constitucional, escreve JOSÉ NERI DA SILVEIRA (1995, p. 16-17) que

(...) possível será indicar, *ad exempla*, normas que, desde logo, definem conteúdos imutáveis da Constituição, tais como o art. 2º, quanto à separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; o art. 5º, quando define "direitos e garantias individuais; o art. 14, ao prever o sufrágio universal, o voto direto e secreto, e o art. 1º, ao consagrar a forma federativa do Estado brasileiro.

Nesse mesmo plano de considerações, parece acolhível a assertiva segundo a qual não cabe como objeto de deliberação emenda pretendendo introduzir a *Monarquia* ou o *Parlamentarismo*, eis que o constituinte originário decidiu submeter a plebiscito a forma e sistema de governo, para que o perfil do Estado Democrático de Direito previsto no art. 1º da Constituição se tornasse definitivo. Ora, por força dos resultados do plebiscito de 21.4.93, a que se refere o art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, os princípios republicano e presidencialista tornaram-se definitivos na caracterização da forma e sistema de governo do Estado federal brasileiro. A separação dos Poderes, própria do sistema presidencial, como cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, III), por igual, é, assim, ponto insubstituível do sistema constitucional, diante dos resultados do plebiscito, com a expressão que lhe confere o art. 2º, da Lei Magna, ao preceituar:

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

No tocante aos *Direitos e Garantias Individuais*, mais especificamente em relação ao *Direito Adquirido*, tem sido difundido no Brasil, sobretudo, nos últimos anos, um posicionamento que visa, sobretudo, acobertar propostas que foram defendidas desde o Governo Collor de Melo, passando pelo de Fernando Henrique, e que, até o atual, encontra adeptos.

Segundo estes, frente às leis ordinárias, não se contesta a *intangibilidade do Direito adquirido fundado em direito anterior*, quando, então se admite, sem contestação, que este deve ser incorporado ao patrimônio do indivíduo, sob pena de comprometer-se o princípio constitucional da Irretroatividade das Leis.



Entretanto, quando a *Intangibilidade do Direito adquirido* é colocada frente às *Emendas Constitucionais*, a questão toma outro rumo, isto porque, na justificativa apresentada por alguns, a Constituição refere-se apenas à Lei, não se podendo englobar, portanto, a mudança formal da Lei Maior.

A fim de discutirmos a matéria, a análise do *Direito Adquirido* no tocante aos aspectos que, por enquanto, nos interessam, podemos partir das seguintes indagações:

- a) - *Existe Direito Adquirido frente à Constituição?*
- b) - *E frente à Emenda Constitucional?*

Inicialmente, vale a insistência quanto a um aspecto que já foi aventado: se em outros sistemas, *seria* até discutível que a Emenda Constitucional e a própria Lei fossem aplicadas retroativamente, pois *o instituto não tem sede constitucional*, em relação ao Brasil, as relações existentes entre o *Direito Adquirido* e a *Emenda Constitucional* têm contornos muito especiais, isto porque a CF de 1988, em seu *art. 5º, inciso XXXVI*, na mesma linha dos textos nacionais precedentes, deu *tratamento constitucional à matéria*, colocando, no mesmo *standard*, o *direito adquirido*, o *ato jurídico perfeito* e a *coisa julgada*. Não se admitir o respeito ao *direito adquirido*, significaria dar-se igual tratamento para o *ato jurídico perfeito* e a *coisa julgada*⁴.

Ademais, insista-se que, sendo o *Direito Adquirido* um *direito individual previsto no art. 5º*, encontra-se ele amparado pela *cláusula da intangibilidade* prevista nas Disposições Permanentes da CF, em seu *art. 60 § 4º, inciso IV*, a qual se dirige, indiferentemente, tanto ao legislador quanto ao aplicador da Lei, mas sempre em favor do *cidadão* (*art. 1º, II*), nunca em favor do Estado.

Um texto constitucional é resultado de um *Hiato Constitucional*, vale dizer, de um processo revolucionário. Não se vincula a nenhum *preceito jurídico-positivo* que lhe seja anterior, muito embora, também nesta hipótese, os *valores sociais* e o *Direito Natural*

⁴ No sistema jurídico brasileiro, a possibilidade de a Lei retroagir, resume-se à hipótese constitucionalmente prevista do *art. 5º inciso XL*, incorporada ao *Código Penal*, *art. 2º parágrafo único*.



funcionem como limitações ao exercício do *Poder Constituinte*. Por isto, e só nesta hipótese, poderia a nova Constituição *desconstituir direitos adquiridos*⁵, tal como aconteceu com a atual Constituição de 1988.

Entretanto, mesmo neste caso, ou seja, para a *desconstituição do direito adquirido*, há um *pressuposto de ordem formal, a saber*: a ressalva do não respeito aos direitos adquiridos com fundamento na Constituição anterior terá que vir expressa, não podendo ser objeto de meras deduções interpretativas, por parte dos *Poderes Constituídos* (Legislativo, Executivo ou Judiciário), inclusive, o *Poder Reformador*.

No caso da Emenda Constitucional, repita-se, a situação é outra. Resulta ela de um *Poder Reformador* (constituído, portanto) e que tem limitações fixadas pela mesma Constituição que previu e garantiu sua existência, isto porque, pelo menos sob o ângulo teórico, nada impediria que a Lei Maior não admitisse qualquer reforma em seu texto, imaginando-o *eterno e/ou imutável*.

No caso brasileiro, mormente após o advento da atual Constituição de 1988, ditos limites materiais ao Poder de Reforma, tal como se demonstrou, foram bastante ampliados, resultado (não temos dúvidas) do momento histórico em que foi elaborada.

Em relação aos artigos 5º, inciso XXXVI e 60, §4º, da Constituição Federal de 1988, duas importantes observações devem ser feitas:

a) - destaque-se que o vocábulo *Lei* contido no mandamento engloba, indistintamente, todas as espécies legislativas contidas no art. 59 do texto constitucional pois, se assim não fosse, estaríamos admitindo que *só a Lei* (tomada apenas no sentido formal e restrito) não poderia prejudicar o *direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*.

b) - quando se fala em *Emenda Constitucional* (vale a insistência), esta é manifestação de um *Poder Constituído* – o denominado *Poder de Reforma* -, integrando,

⁵ Mesmo neste caso, já se fala na necessidade de que a nova Constituição respeite, de forma absoluta, os *direitos adquiridos*, em razão de vivermos em pleno do séc. XXI, o instante maior da *cidadania*.



nos termos do *art. 59* (CF, 1988), o *Processo Legislativo* e, como tal, encontra-se obrigada a render homenagens ao texto da Constituição, conclusão a que se chega não por mero exercício exegético, mas, inclusive, por determinação expressa deste mesmo texto (*art. 60, § 4º*).

Neste sentido, FERREIRA FILHO (1990, p. 25) escreve que

(...) em princípio, não pode haver nenhum direito oponível à Constituição, que é fonte primária de todos os direitos e garantias do indivíduo, tanto na esfera publicística quanto na privatística. Uma reforma constitucional não pode sofrer restrições com fundamento na ideia genérica do respeito ao direito adquirido. Mas, se é a própria Constituição que consigna o princípio da não retroatividade, seria uma contradição consigo mesma se assentasse para todo o ordenamento jurídico a ideia do respeito às situações constituídas e, simultaneamente, atentasse contra este conceito. Assim, uma reforma da Constituição que tenha por escopo suprimir uma garantia antes assegurada constitucionalmente (exempli gratia, a inamovibilidade e vitaliciedade dos juízes) tem efeito imediato, mas não atinge aquela prerrogativa ou aquela garantia, integrada no patrimônio de todos que gozavam do benefício.

Ora, dessa decorrência da limitação material ao Constituinte de revisão, que lhe impõe o respeito ao princípio dos direitos e garantias fundamentais, há que se extrair outra, qual seja, a de que não é lícito às emendas constitucionais, ao disporem sobre determinadas matérias, causar prejuízo a direitos adquiridos, sejam eles de base infraconstitucional, sejam eles fundados em dispositivos da própria Constituição, sob pena de se admitir, por via oblíqua e dissimulada, que, paulatinamente, vá-se tornando a garantia letra morta, condenada a fazer parte da hedionda galeria das disposições constitucionais despregadas da realidade.

5 CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto no presente trabalho, se admite a importância do direito adquirido frente ao sistema jurídico brasileiro, como se denotou a partir da análise do histórico e de seu conceito no Brasil.



A discussão mais importante contida no presente artigo se limita ao estudo da possibilidade de o direito adquirido ser posto frente à Constituição e se ele subsiste às Emendas Constitucionais.

Se entende que o direito adquirido subsiste frente a uma nova Constituição, em face da obediência ao Poder Constituinte Originário, que não apaga totalmente o direito que foi objeto da Constituição anterior, já que, não fosse assim, não haveria segurança jurídica no país. É claro que isso pode ser superado, como já explicado, quando a nova Constituição efetivamente determina quais serão as exceções à regra.

E, em relação às Emendas Constitucionais, também se conclui que há o direito adquirido contra elas, já que são objeto do Poder Constituinte Derivado Reformador.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1824)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 14.08.2017.

BRASIL. **Constituição (1891)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 14.08.2017.

BRASIL. **Constituição (1934)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 14.08.2017.

BRASIL. **Constituição (1937)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 14.08.2017.

BRASIL. **Constituição (1946)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 14.08.2017.

BRASIL. **Constituição (1967)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 14.08.2017.

BRASIL. **Constituição (1969)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm. Acesso em: 14.08.2017.



BRASIL. **Constituição (1998)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14.08.2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Mandado de Segurança 21.642*.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Mandado de Segurança 21.747*.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 184.099-4/DF

CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza. **Direito Intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal Brasileira (1891) Comentada**. Edição Fac-similar, Brasília: Senado Federal, 2002.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário Jurídico**. 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989 (edição universitária), vol. II.

DINIZ, Almachio, **Direito Civil - Parte Geral**, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1916.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Imprensa: São Paulo: Saraiva, 1990.

FRANÇA, Rubens Limongi. **A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido**, 3ª edição, São Paulo: Editora RT, 1982.

GABBA, C. F., **Teoria della Retroattività delle Leggi**. Torino, Unione Tipografico - Editrice, Milano, Roma, Napoli, 1891, Volume Primo.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946.

MONCADA, Luís Cabral de Oliveira de. **Lições de Direito Civil – Parte Geral**. 4ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Brasília: Senado Federal, 1978.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, Tomo V.

RAMOS, Elivalda Silva. **A Proteção aos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

SILVEIRA, José Neri da. **A Reforma Constitucional e o Controle de sua Constitucionalidade**, *In Revista do Ministério Público - Nova Fase*. São Paulo: Editora RT, nº 35, 1995.





DIREITO AO ESQUECIMENTO E PROVEDORES DE PESQUISA:

UM ESTUDO COMPARATIVO DOS HARD CASES BRASILEIRO E EUROPEU

.....

Luiz Cláudio Cardona¹
Daniel Guedes Daher²

1 INTRODUÇÃO

Nova fronteira para os debates sobre a memória e o esquecimento dos fatos da vida surge com a internet, mais especificamente com a popularização da internet a partir dos anos 2000. A sociedade da informação deixa de viver na perspectiva de jornais, livros, televisão e rádio, e passa a deslizar através de uma teia infinitamente complexa de troca de informação e dados, cujas fontes são tão variadas quanto se possa imaginar e, da mesma forma, os receptores e retransmissores.

Esquecer deixa de ser uma questão de impedir que o jornal publique uma informação e aquela “fofoca” que o direito institucionalizado aceitara não controlar deixa os sussurros nas casas e nos bares da cidade e passam a transitar na rede quase que de forma incontrolável. Os critérios de outrora já não se parecem adequados e as medidas usuais se mostram pouco eficazes no controle dos dados pessoais.

Entende-se que é possível retirar um site do ar ou obrigar o provedor de acesso a bloquear determinada página na web. No entanto, nem sempre é suficiente a garantir o bem da vida tutelado, pois há diversos programas que replicam conteúdo. Provedores de pesquisa, qual o Google, tornam-se o principal meio de acesso a conteúdo na internet: é mais comum que se acesse sites através de provedores de busca que pela inserção direta

¹ Advogado. Bacharel em Direito pela UFPE. Pós-graduando em Processo Civil Contemporâneo pela UFPE.

² Acadêmico de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da UNICAP; Bolsista PIBIC UNICAP.



da url na barra de endereços: é mais comum procurar por informações ou dados através destes provedores que diretamente em sites de jornais ou base de dados. É levantada a questão da possibilidade de restringir o acesso a certos conteúdos através da supressão de termos usados como critérios de buscas ou do bloqueio no relacionamento de certos conteúdos ao nome de uma pessoa. O interesse público, a liberdade de expressão e o direito à informação são contraponto na balança de ponderação do direito à privacidade de um cidadão em particular que vê seus direitos personalíssimos violados por sites na internet.

O direito comunitário europeu enfrentou a questão no caso González e Agencia Española de Protección de Datos v. Google Spain SL e Google Inc (TJUE C-131/12). O *hard case* europeu teve influência sobre discussões em todo o mundo, e, antes de mais nada, firmou um entendimento claro de como a comunidade europeia pesaria na ponderação dessa questão. O Tribunal de Justiça Europeu estabeleceu critérios interpretativos para a Diretiva 95/46/CE, que tratava da proteção de dados dos cidadãos daquela comunidade, e decidiu pela obrigação dos provedores de pesquisa em suprir termos de busca ou associação de termos a fim de garantir o direito ao esquecimento do cidadão.

Não demorou à questão ser judicializada no Brasil. Foi no julgamento do REsp 1.593.873-SP que o STJ, considerando outras decisões em que a corte vinha tutelando o direito ao esquecimento, interpretou o Marco Civil da internet quanto ao caso concreto, decidiu que os provedores de pesquisa não poderiam ser obrigados a retirar de seu sistema resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão. Tem-se, portanto, uma heterogeneidade entre os ordenamentos do Brasil e da Europa a partir das decisões que interpretaram as normas que regulavam a matéria.

O artigo é dividido em cinco partes: a primeira, em que se oferece um panorama geral do instituto do direito ao esquecimento neste contexto atual, especificamente naquilo que importa ao debate; a segunda e terceira, em que se descreve e discute, respectivamente, os *hard cases* brasileiro e europeu; a quarta, em que se apresenta um



panorama comparativo da legislação europeia e brasileira, em que se discute, no âmbito da discussão dos provedores de pesquisa e do direito ao esquecimento, a Diretiva 95/46/CE, o Regulamento (UE) 2016/679 e o Marco Civil da Internet; e, por fim, a quinta, em que se dá um fechamento à relação entre provedores de pesquisa e o direito ao esquecimento.

2 O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Não seria imprudente afirmar a possibilidade de alguém ser esquecido, independente de quem seja e do que tenha feito. E isso deve-se ao tempo, ou melhor, ao decurso do tempo. Um acontecimento no hoje, pode continuar a repercutir daqui a cinquenta anos; ao mesmo tempo que em mais cinquenta anos pode ser esquecido da memória de uma sociedade. Porém, com o grande avanço das tecnologias, a informação está circulando cada vez mais rápido, ao passo que, com a internet, pode ser preservada por muito mais tempo, o que dificulta seu esquecimento. A preservação eterna de fato pretérito pode significar forte prejuízos à imagem do envolvido e é neste cenário que surge o direito ao esquecimento, um instituto nascido a partir de decisões judiciais, que ainda não está claro quanto ao seu significado.

No Brasil, o instituto vem sendo chamado de direito ao esquecimento, porém seria mais apropriado a forma como é dito na língua inglesa: *right to be forgotten*³, direito a ser esquecido. Esta é a tutela do instituto: o direito a ser esquecido. Tal possibilidade encontraria respaldo nos direitos da personalidade – imagem, honra, intimidade e privacidade –, direitos que visam a proteção do indivíduo. Por outro lado, a liberdade de expressão pesa do outro lado da balança desta ponderação. Do embate entre esses dois direitos fundamentais, surge o direito ao esquecimento.

³ C. BENNETT, Steven, 2012, p. 161.



A liberdade de expressão comporta o direito de informar e o direito ser informado. O primeiro diz respeito, sem se esgotar, à imprensa; no entanto, qualquer um tem o direito de noticiar a outrem um determinado fato. O segundo diz respeito à sociedade em si; o direito a ser informada de todos os fatos que sejam de seu interesse. Qualquer fato tem relevância, seja ele de impacto a toda uma nação ou somente a uma modesta vizinhança ou mesmo à duas pessoas. Todos eles vão, aos poucos, construindo a identidade da sociedade⁴, logo, é bastante delicado privar informação de um fato à sociedade⁵.

A discursão efetivamente começa quando o envolvido em fato pretérito se sente prejudicado pela forma como se tem feito uso de sua imagem contemporaneamente. Apesar de toda e qualquer informação ter relevância para ao menos um seguimento da sociedade, é necessário preservar o indivíduo. Além do mais, a eterna lembrança de um passado obscuro pode significar uma pena perpétua, não cumprida no cárcere, mas fora deste. Não se está falando apenas de crimes, mas de qualquer fato negativo que macule a imagem de um indivíduo, dificultando sua vida em sociedade. Ser esquecido significa a possibilidade de um recomeço, uma nova oportunidade, ao mesmo tempo que significa limitação à liberdade de expressão de outrem.

Apesar de se mostrar uma importante ferramenta de defesa dos direitos da personalidade, o direito ao esquecimento se caracterizam por promover o esquecimento no sentido estrito da palavra. Não apaga diretamente ninguém da história e muito menos da memória da sociedade. Não se passará a ser proibido falar sobre um fato pretérito, ou sobre aqueles que estiveram envolvidos. O instituto permite ao indivíduo questionar a

⁴ "A referência ao passado serve para manter a coesão dos grupos e das instituições que compõem uma sociedade, para definir seu lugar respectivo, sua complementariedade, mas também as oposições irreduzíveis." POLLAK, Michael, 1989, p.7.

⁵ "[Q]ualquer fato social pode entrar para os arquivos da história de uma sociedade e deve ser lembrado por gerações futuras por inúmeras razões. A notícia de um delito, o registro de um acontecimento político, de costumes sociais ou até mesmo de fatos cotidianos, quando unidos, constituem um recorte da História e revelam aspectos peculiares de determinada época" (JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt; DE MELO NUNES, Danyelle Rodrigues; PORTO, Uly de Carvalho Rocha, 2017, p. 68).



forma de como se está fazendo uso de um fato pretérito ao qual esteja vinculado; e obter a desconsideração deste acontecimento em um caso concreto.

A aplicação do instituto depende da verificação de certas circunstâncias no caso concreto: (1) a qualidade da pessoa, ou seja, se o indivíduo que busca a tutela do direito ao esquecimento é pessoa pública ou não – a qualidade pública da pessoa é sinal do interesse público genuíno pelos fatos da vida dessa pessoa; (2) a qualidade do fato, ou seja, a relevância do fato à época em que ocorrera e a relevância do fato nos dias atuais; e, (3) o decurso do tempo, ou seja, entre a data do fato e o contexto atual, tanto a relevância do fato, quanto o interesse na pessoa, podem ter sido modificados.

3 O CASO EUROPEU

O caso tido como *hard case* na União Europeia, e cuja importância transcende às fronteiras daqueles países, vez que levantou definitivamente a discussão nas academias de ciências jurídicas, inclusive a americana, bastante reticente à matéria, é o caso *González e Agencia Española de Protección de Datos v. Google Spain SL e Google Inc* (TJUE C-131/12).

O caso do espanhol Mario Costeja González que se alegou prejudicado por seu nome ser associado a um termo de busca do Google e conseguiu da agência reguladora local, a Agencia Española de Protección de Datos, tutela administrativa à sua privacidade ganhou notoriedade por discutir a legislação europeia sobre a matéria.

O Tribunal de Justiça da União Europeia discutiu a Diretiva 95/46/CE, hoje revogada, que tratava sobre os dados pessoais e sua livre circulação, estabelecendo interpretação aos limites teleológicos do art. 12º e dando ganho de causa ao espanhol e à agência reguladora daquele país.

O ponto fundamental foi definição de “tratamento de dados pessoais” na Diretiva 95/46/CE, que abrangia, segundo seu art. 2º

“qualquer operação ou conjunto de operações efectuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, registo, organização,



conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição”

Tribunal entendeu pela impossibilidade de se atribuir interpretação restritiva ao termo “tratamento” quando de questões relativas à intimidade e privacidade dos cidadãos, de tal sorte que estariam os provedores de aplicação de busca, ou provedores de pesquisa, abarcados naquela definição e, portanto, sujeitos à regulação daquela Diretiva.

A partir desta definição quanto à legitimidade dos envolvidos, a corte passou a discutir as questões relativas ao mérito, firmando entendimento quanto aos limites sobre o controle do jurisdicionado quanto aos dados relativos à sua pessoa. Dessa forma:

[a]tendendo ao exposto, no âmbito da apreciação dos pedidos apresentados contra um tratamento como o que está em causa no processo principal, importa designadamente examinar se a pessoa em causa tem o direito de que a informação sobre a sua pessoa deixe de ser associada ao seu nome através de uma lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome. A este respeito, importa sublinhar que a constatação desse direito não pressupõe que a inclusão da informação em questão na lista de resultados cause prejuízo à pessoa em causa. (n. 96)

Portanto, o exame do mérito estava restrito ao controle relativo à supressão da informação, ou melhor, ao controle sobre a associação de certa informação ao seu nome ou à sua pessoa, e não ao controle da informação através da inserção de nova informação ou dado.

Posto isso, definiu-se, à luz das normas vigentes no direito comunitário europeu, os limites ponderados do direito ao esquecimento:

Na medida em que a pessoa em causa pode, tendo em conta os seus direitos fundamentais nos termos dos artigos 7.º e 8.º da Carta, requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público através da sua inclusão numa lista de resultados deste tipo, há que considerar, como resulta, designadamente, do n.º 81 do presente acórdão, que esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de busca mas também sobre o interesse desse público em encontrar a referida informação durante uma pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse o caso se se afigurar que, por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública, a ingerência nos seus direitos



fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão em virtude dessa inclusão. (n. 97)

Dessa forma, retorna-se àquela locução que foi trabalhada no tópico anterior, relativo ao instituto do direito ao esquecimento. O cidadão teria o direito ao esquecimento, prevalecendo sobre os interesses econômicos dos provedores de pesquisa, mas também sobre o interesse público àquela informação. Essa ponderação de prevalência da intimidade e privacidade pelo interesse público só seria relativizada caso verificado que o papel desempenhado por aquele cidadão na vida pública dos demais é de tal forma relevante a ponto de se violar seu direito fundamental em prol de um acesso à informação. Tenha-se que se trataria de medida extraordinária.

4 O CASO BRASILEIRO

Apesar de se ter trazido o caso Google Brasil Internet Ltda. v. S M S (REsp 1.593.873/SP) como *hard case*, e não foi outra a razão senão ao fato de se ter enfrentado a questão à luz do direito ao esquecimento, a Terceira Turma do STJ já manifestara entendimento acerca dos limites dos provedores de busca no direito brasileira.

No caso Google Brasil Internet Ltda. v. Xuxa Meneghel (REsp 1.316.921/RJ), também de relatoria da Min. Nancy Andrighi, julgado em 2012, a questão foi abordada a partir da perspectiva de proteção ao consumidor.

A demandante requereu que a empresa demandada se abstinhasse de apresentar aos seus usuários, como resultado da busca de alguns termos relativos à pedofilia, imagens e conteúdo da demandante.

Nesta oportunidade, a Terceira Turma se manifestou acerca da atividade dos provedores de pesquisa.

Essa provedoria de pesquisa constitui uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois esses sites não incluem, hospedam, organizam ou de qualquer outra forma gerenciam as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os



termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. (REsp1.316.921/RJ, Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012, pp. 10-11)

Concluiu que esses provedores de pesquisa não seriam responsáveis, de nenhuma forma, pelo conteúdo encontrado através das buscas realizadas de forma automatizada a partir dos critérios estabelecidos pelo usuário. É razoável o entendimento, mas não responde o motivo pelo qual não se poderia determinar exclusões de certos termos ou associações na busca realizada pelo usuário. A decisão apenas se limita a estabelecer, sob o fundamento de que “medidas drásticas de controle de conteúdo na internet deve ser reservada para casos extremos”, a seguinte locução normativa:

“os provedores de pesquisa: (i) não respondem pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo dos resultados das buscas feitas por cada usuário; e (iii) não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido”. (REsp 1.316.921/RJ, Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012, p. 20)

O entendimento firmado neste precedente foi seguido quando do julgamento do caso Google Brasil Internet Ltda. v. S M S (REsp 1.593.873/SP).

A decisão desse caso, para além de um precedente declaratório daquele primeiro, enfrenta uma tese nova, qual seja a do direito ao esquecimento como fundamento para limitação da atividade dos provedores de busca. Especificamente, o que se requereu no caso foi a exclusão do nome da demandante dos sistemas de busca, a fim de evitar que relacionasse o termo de busca a fotos suas com conteúdo de nudez.

Ao enfrentar a questão, a Terceira Turma citou o caso europeu e suas razões para decidir, fundadas na Diretiva 95/46/CE, reconheceu o instituto do direito ao esquecimento como importante instrumento na proteção dos direitos da personalidade, todavia apontou para diferença entre os pressupostos legais da União Europeia e do Brasil. Ponderou a relatoria que, diferente daquela jurisdição, o Brasil não dispõe de uma lei que regule a proteção de dados pessoais dos cidadãos.



Trouxe ao debate a possibilidade de influência da Lei 12.965/14, conhecida por Marco Civil da Internet, mas, permita-se o juízo de valor, fez uma análise superficial desta influência, apontando a garantia de exclusão dos dados fornecidos pelo usuário no art. 7º, X, e declarando que não seria a hipótese do caso. De certo não o poderia ser, afinal, o requerimento da demandante versava exatamente pela exposição de dados e imagens seus sem o seu consentimento e cujos efeitos em sua vida social e, em particular, à sua dignidade eram devastadores. A decisão preferiu discorrer sobre a não-aplicabilidade de um dispositivo que, claramente, não era aplicável, quando poderia ter discorrido sobre as garantias de privacidade, intimidade e à vida privada, dispostas nos arts. 3º, II, e 7º, I, (este último, citado *en passant*).

É bem verdade que, não obstante a lei assegure a proteção de dados em seu art. 3º, III, fá-lo na forma da lei, tendo esta lei se omitido de tratar especificamente dos provedores de aplicação que apenas fornecem a pesquisa dos dados, trazendo em sua redação apenas os termos guarda e disponibilização. Muito embora a relatoria tenha sustentado que não há norma no direito brasileiro que possa servir à garantia da privacidade e intimidade neste caso, enquanto, afirma, há no direito comunitário europeu, isso, como se verá no próximo tópico, não é completamente verdade, pois o que a decisão brasileira fez foi restringir o sentido do termo “disponibilização de dados”, enquanto a decisão europeia foi enfática em dizer que o termo “tratamento de dados” não poderia ser interpretado de forma restritiva:

“atendendo ao objetivo da Diretiva 95/46 de assegurar uma proteção eficaz e completa das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente do direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, esta última expressão não pode ser objeto de interpretação restritiva” (Acórdão TJUE, C-131/12, n. 53)

Dessa forma, o *hard case* brasileiro entendeu pela anomia no ordenamento pátrio no que diz respeito à proteção da intimidade e da privacidade enquanto dados pessoais relativamente aos provedores de pesquisa, tendo discutido superficialmente o Marco Civil da Internet, sem abordar as normas principiológicas que protegem o cidadão em sua dimensão personalíssima, nem a seção da lei que dispõe da proteção de dados pessoais.



Por fim, promoveu a distinção restritiva do caso em relação aos precedentes de direito ao esquecimento da corte, sob o argumento de que não abordaram diretamente a responsabilidade do provedor de aplicação na busca na internet e apontou como precedente o caso Google Brasil Internet Ltda. v. Xuxa Meneghel (REsp 1.316.921/RJ), afastando a incidência do direito ao esquecimento aos casos dos provedores de pesquisa por considerar que “no REsp 1.316.921/RJ, quando aborda a questão do direito ao esquecimento no ambiente digital, rejeita imputar ao provedor de buscas a obrigação de fiscalizar o conteúdo acessível ao público” (REsp 1.593.873/SP, Terceira Turma, Julgado em 17/11/2016, p. 16).

5 A DIRETIVA E O REGULAMENTO EUROPEUS E O MARCO CIVIL DA INTERNET NO BRASIL

A Diretiva 95/46/CE já trazia em sua redação circunstâncias autorizadas de acesso aos dados e, inclusive seu apagamento. Falava no art. 12º, b, do qual se valeu a decisão do caso González e Agencia Española de Protección de Datos v. Google Spain SL e Google Inc (TJUE C-131/12), em retificação, apagamento e bloqueio de dados, no interesse do titular, quando do caráter incompleto ou inexatos dos dados. Antes de se arguir eventual interpretação extensiva daquela decisão, há de se considerar que no art. 32º, quando trata das disposições finais, a Diretiva assim estabelece:

“Os Estados-membros possibilitarão, no entanto, à pessoa em causa obter, a seu pedido e, nomeadamente, aquando do exercício do direito de acesso, a rectificação, o apagamento ou o bloqueio dos dados incompletos, inexatos ou *conservados de modo incompatível com os fins legítimos* prosseguidos pelo responsável pelo tratamento”

Dessa sorte, e considerando que a interpretação das normas de direito comunitário, conforme entende o Parlamento Europeu e o Tribunal de Justiça da União Europeia, devem ser interpretadas a partir dos princípios norteadores, tanto da Diretiva, quanto dos regulamentos que regem aquela comunidade, é justo dizer que o entendimento da decisão quanto a declarar o direito ao esquecimento naquele *hard case* é, não só razoável,



como correto. Foi esta interpretação de proteção à intimidade e à vida privada dos jurisdicionados que prevaleceu e prevalece naquela comunidade.

O Regulamento (UE) 2016/679, de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, para além de simplesmente revogar a Diretiva, aprofundou a discussão, apresentando categorias específicas de tratamento de dados, inclusive fazendo considerações sobre os dados fornecidos pelo titular e os dados não fornecidos pelo titular. Ao nosso tema, contribuiu com um artigo específico sobre o direito ao apagamento de dados, ao que chamou de direito a ser esquecido.

O Regulamento repete, em seu art. 4º, a definição de “tratamento de dados pessoais” adotada no art. 2º da Diretiva. Dessarte, deve-se entender que a interpretação não restritiva do precedente *González e Agencia Española de Protección de Datos v. Google Spain SL e Google Inc* (TJUE C-131/12) acerca do termo permanece em voga e que, portanto, aplica-se aos provedores de aplicações de busca.

Sobre o direito ao esquecimento propriamente dito, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, definiu, em seu art. 17º, que o titular dos dados tem o direito ao apagamento e que o responsável pelo tratamento tem a obrigação de apagar os dados sem demora injustificada. O Regulamento especificou diversas hipóteses motivadoras do pedido de apagamento, dentre elas: a perda da finalidade que motivou o recolhimento ou tratamento dos dados; a retirada do consentimento dos dados fornecidos pelo titular; o tratamento ilícito dos dados. O Regulamento também limitou o apagamento de dados quando “o tratamento se revele necessário”: ao exercício da liberdade de expressão e informação; e, por algumas razões de interesse público, inclusive exercício do direito de defesa em outro processo.

Duas considerações: primeira, a exposição supra é sucinta e está longe de exaurir a matéria; segunda, percebe-se que foi explicitamente colocada em processo de ponderação o interesse do particular pelo apagamento e o interesse público e de liberdade de expressão e ponderação. De toda sorte, não vemos porque não permaneceria válido o



critério de prevalência do interesse do particular em relação ao interesse público nos casos de tratamento de dados pessoais nos termos do precedente *González e Agencia Española de Protección de Datos v. Google Spain SL e Google Inc* (TJUE C-131/12). O precedente é, neste ponto, completamente adequado à nova legislação e seu critério de ponderação baseado na relevância do titular dos dados na vida pública dos demais jurisdicionados, não obstante a grande abertura normativa para a atividade do julgador, permanece bastante razoável. Mais: o Regulamento ainda foi bastante específico nos critérios de interesse público que não seja ligado à liberdade de expressão e informação, razão pela qual se acredita que o instituto tende a ser aprimorado com a prática de seu uso.

No caso do direito brasileiro, não obstante a relatoria do caso *Google Brasil Internet Ltda. v. S M S* (REsp 1.593.873/SP) ter sustentado “a ausência de uma lei específica voltada para a proteção de dados pessoais dos cidadãos brasileiros”, o Marco Civil da Internet, em seus arts. 10 e ss., trata especificamente à proteção dos dados pessoais, matéria que se encontra inclusive regulamentada no Decreto 8.771/16. Ocorre que se limitou o legislador a especificar a responsabilidade dos provedores no que diz respeito à guarda dos dados pessoais. A primeira vista, isso poderia afastar os provedores de pesquisa do âmbito de incidência do marco regulatório, o que, de forma imprópria e sem fundamentação qualificada, fez a decisão do *hard case* brasileiro. Acontece que a decisão, como abordamos brevemente, deixou de considerar os princípios norteadores daquela Lei, bem como as garantias ali estabelecidas de forma geral.

Os incisos I e II do art. 3º do Marco Civil nos lançam diretamente para a ponderação estabelecida no caso europeu: de um lado a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, do outro a proteção da privacidade. É de se notar o esforço do legislador em dar um norte a esta ponderação e garantir os direitos personalíssimos do jurisdicionado brasileiro quando, no art. 7º, I, assegura ao usuário o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Os demais precedentes sobre o direito ao esquecimento no Brasil, os quais, via de regra, tratavam dos meios de comunicação, já haviam estabelecido ponderação semelhante ao caso europeu. No entanto, no que diz



respeito aos provedores de pesquisa, a aplicação do instituto do direito ao esquecimento resta prejudicada.

6 OS PROVEDORES DE PESQUISA E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

O Google, o maior e mais conhecido provedor de pesquisa do mundo⁶, tem em seus protocolos meios de remoção de conteúdo do motor de pesquisa dele. Pode-se requisitar à companhia americana informações pessoais como número de cartão de crédito, conta bancária ou assinatura, também inclui seus protocolos imagens de nudez ou sexo explícito enviada seu o consentimento do titular dos dados. O Google ainda recebe pedidos para remoção de conteúdos que não estão relacionados ao titular, como é o caso de abuso sexual infantil – havendo em seus protocolos uma seção específica para esses casos de remoção por ordem judicial⁷.

Mesmo o Google disponibilizando meios para o controle de dados pelo titular destes, isso não exaure os litígios, como se pode ver pelas ações que tramitam na justiça, seja porque permanece com a empresa a decisão final quanto ao deferimento do pedido, seja porque o Google, não obstante sua parcela monopólica no mercado de buscas, não é única empresa a oferecer o serviço de provedor de aplicação de buscas.

O caso europeu, tanto o precedente, quando as regulamentações, são um bom exemplo de como gerir a situação. Mesmo não eliminando todas as controvérsias, permite ao cidadão pleitear o direito ao esquecimento ou ao controle relativo de seus dados pessoais em uma instância de heterocomposição.

⁶No mundo, o Google tem uma fatia de mercado de aproximadamente 90% (<https://tecnoblog.net/58564/bing-e-2%C2%BA-buscador-mais-usado-no-mundo/>)

⁷ Para mais informações: <https://support.google.com/websearch/answer/2744324>



A decisão do caso Google Brasil Internet Ltda. v. S M S (REsp 1.593.873/SP) no Brasil é precedente que retira do cidadão a segurança de que suas garantias constitucionais relativas aos seus direitos personalíssimos podem ser preservadas de forma eficaz.

É mais comum que se acesse sites através de provedores de busca que pela inserção direta da url na barra de endereços. É mais comum procurar por informações ou dados através destes provedores que diretamente em sites de jornais ou base de dados. Dessa forma, mesmo que o bloqueio ou a supressão de um termo de busca ou associação do nome de alguém a certos conteúdos não eliminem o dado informativo em si, restando disponível ao acesso diretamente através da url, é certo que restringe profundamente o acesso a tais dados.

Entendido este critério de eficácia em relação ao acesso a dados passíveis de serem objeto do direito ao esquecimento, compulsório concluir que a restrição de termos ou relações entre termos nas buscas de provedores de pesquisa é medida, não obstante extrema, razoável na defesa de direitos personalíssimos e cuja violação é a causa de efeitos duradouros e permanentes na vida de indivíduos.

Ainda mais importante que o judiciário tenha parte nesta atividade, vez que o contraponto na ponderação do direito exercido ao esquecimento é o interesse público, a liberdade de expressão e o direito à informação dos demais.

7 CONCLUSÃO

Através dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça da União Europeia foi possível verificar o grau de proteção que cada ordenamento jurídico atribui aos seus cidadãos.

Resta concretizada a heterogenia entre as normas do direito brasileiro e do direito europeu quanto à responsabilidade dos provedores de busca pelos conteúdos por ele selecionado e quanto à tutela dos direitos personalíssimos em ambiente virtual.



Os cidadãos na União Europeia estão protegidos quanto à veiculação de imagem ou de fatos que venham a comprometer sua integridade pessoal, podendo obstar a localização de sites violadores de sua intimidade através da retirada da informação da busca dos provedores. No Brasil, os provedores de busca encontram-se isentos de qualquer medida mitigadora de danos.

REFERÊNCIAS

JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt; DE MELO NUNES, Danyelle Rodrigues; PORTO, Uly de Carvalho Rocha. Direito ao esquecimento segundo o STJ e sua incompatibilidade com o sistema constitucional brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 54, n. 213, p. 63-80, 2017.

MALDONADO, V. N. Direito ao Esquecimento. 1. ed. São Paulo: Editora Novo Século, 2017.

Steven C. Bennett, *The "Right to Be Forgotten": Reconciling EU and US Perspectives*, **30 Berkeley J. Int'l Law**, 161 (2012).

POLLAK, Michael. Memória, esquecimento, silêncio. **Revista Estudos Históricos**, v. 2, n. 3, p. 3-15, 1989.

.....



ESTUDO COMPARATIVO ENTRE AS MANIFESTAÇÕES SOCIAIS DE 1964 E NA ATUALIDADE

Thais Karoline Ferreira de Medeiros¹
Maria Carmen Araújo de Castro Chaves²

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa se ocupa em entender como se deu a participação dos movimentos sociais na sociedade brasileira. Faz no capítulo 2 uma evolução histórica da participação destes movimentos, desde o século XIX até o governo de Getúlio Vargas. Posteriormente, no capítulo 3, é feita uma observação acerca da participação destes movimentos durante o governo de Getúlio Vargas, Juscelino Kubistchek, Jânio Quadros e finalmente, João Goulart. E, por fim, no capítulo 4, fala-se da questão dos movimentos sociais na atualidade. Desde os protesto de 2013 contra o aumento das passagens, até os atuais protestos contra as reformas da previdência e trabalhista.

2 EVOLUÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS NA POLÍTICA BRASILEIRA

Primeiramente, dentre os diversos fatores necessários para que se possa entender qual o papel exercido pelos movimentos sociais na saída de João Goulart do poder, deve-se perceber como eles surgiram, e quais fatos históricos lhes fizeram crescer, se organizar e ganhar força, além de também compreender qual a importância de tais e o que eles representam dentro da sociedade. Para isso, neste tópico será traçada uma linha do tempo desde os primeiros relatos acerca da existência destas aglutinações, até, o primeiro

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade Integrada de Pernambuco. Email: Thaiskfmedeiros@hotmail.com

² Doutora em Ciência Política pela UFPE. Email: mariacarmen.chaves@gmail.com



momento que estes movimentos ganharam grande destaque dentro da sociedade, no governo de Getúlio Vargas.

Soares do Bem fala o seguinte a cerca destes importantes instrumentos de exercício da democracia:

Os movimentos sociais são os indicadores mais expressivos para a análise do funcionamento das sociedades. Traduzem o permanente movimento das forças sociais, permitindo identificar as tensões entre os diferentes grupos de interesses e expondo as veias abertas dos complexos mecanismos de desenvolvimento das sociedades. Em cada momento histórico, são os movimentos sociais que revelam, como um sismógrafo, as áreas de carência estrutural, os focos de insatisfação, os desejos coletivos, permitindo a realização de uma verdadeira topografia das relações sociais. Tanto sua forma como seu conteúdo são condicionados pela específica constelação histórica, razão pela qual não se pode compreendê-los sem remissão direta às determinações históricas macroestruturais. Os movimentos sociais deixam entrever mais do que puras carências percebidas e demandas interpostas; eles permitem, de fato, o conhecimento do modelo de sociedade dentro da qual se articulam, cujas feridas se tornam, por intermédio deles, materialmente visíveis. (2006)

São instrumentos importantíssimos para a pluralização e democratização de uma sociedade, dando força para que os indivíduos se diversifiquem e criem suas próprias identidades. Mas o que vem a ser um movimento social? Uma simples reunião de pessoas com um interesse em comum se caracteriza como movimento social? Acerca disto, Gohn (2000) diz o seguinte:

Para definir movimento social devemos estabelecer algumas diferenças. Uma primeira é entre movimentos e grupos de interesses. Interesses comuns de um grupo é um componente de um movimento, mas componente não suficiente para caracterizá-lo como tal. Primeiro, porque a ação de um grupo de pessoas tem que ser qualificada por uma série de parâmetros para ser um movimento social. Este grupo tem que formar um coletivo social e, para tanto, necessita ter uma identidade em comum. Ser negro, mulher, defender as baleias, ou não ter teto para morar, são adjetivos que qualificam um grupo dando-lhe objetivos comuns para a ação. Mas eles têm uma realidade anterior à aglutinação de seus interesses. Eles têm uma história de experiências culturais. As inovações culturais, econômicas ou outro tipo de ação que vierem a gerar, partem do substrato em comum das carências ou demandas que reivindicam articuladas pelos legados da herança cultural que possuem. A partir dessa base, eles criam e renovam seus repertórios de ações, ideias, valores etc.



Os primeiros relatos acerca do surgimento dos movimentos sociais se deram na primeira metade do século XIX, quando, pela ausência de meios de comunicação bem estruturados, a comunicação pessoal entre os indivíduos se tornou ferramenta indispensável para a disseminação de ideologias, possibilitando assim, teoricamente, união de pessoas que lutavam pelas mesmas causas. Entretanto, os movimentos neste período ainda não eram nada organizados, na verdade, por serem poucos organizados, eles acabavam por não ter muita força diante das movimentações contrárias aos ideais pelos quais lutavam, sendo seus componentes marginalizados pela sociedade, e muitas vezes tratados como selvagens, bárbaros e até mesmo de assassinos. Esta ausência de organização e unidade acabava por fazer com que a elite tivesse facilidade em manipular tais movimentos para alcançarem os mais variados objetivos.

Os movimentos sociais desse período se desenvolveram tendo como pano de fundo o entusiasmo pela vida nacional, pela celebração da natureza, das particularidades tropicais e do homem brasileiro, iniciados com a independência do Brasil (Moreira Leite, 1992). Os aspectos políticos da independência, que trouxeram uma visão positiva do Brasil e dos brasileiros, foram confirmados e reforçados pelo aparecimento do romantismo e levaram à sincretização do movimento político com o movimento estético. A euforia nacionalista do período, aliada à ausência de um sistema funcional de comunicações e de transportes, constituiu um entrave para a generalização das várias insurreições ocorridas no período para todo o conjunto da sociedade. As revoltas de escravos, por exemplo, que se iniciaram em 1807 e se estenderam até o ano de 1835, não ficaram incólumes a tal atmosfera, razão pela qual não conseguiram a adesão de amplos setores. (SOARES DO BEM, 2006, p. 6)

Há relatos de que, mesmo que a luta antiescravagista no período estivesse tendo destaque, ela estava sendo ignorada pela sociedade da época. Algumas revoluções merecem destaque, pois estas comprovam a existência dos movimentos sociais neste período, dentre elas pode-se citar:

Além das revoltas escravas, a Revolução Pernambucana de 1817, as rebeliões contra as Juntas Constitucionais e Infantarias Lusas (Bahia, Pará, Piauí e Paraíba), a Confederação do Equador (Recife), a Balaiada (Maranhão), a Setembrada e a Novembrada (Pernambuco), a Cabanada (Pernambuco, Maranhão, Alagoas e Piauí), a Cabanagem (Pará), a Guerra dos Farrapos (Rio Grande do Sul), a Sabinada (Bahia), a Revolução Praieira (Pernambuco) e outros. (SOARES DO BEM, 2006, p. 5)



Na segunda metade do século XIX a pauta de destaque no que se refere à atuação dos movimentos sociais foi com relação à questão abolicionista, sendo este o momento de maior generalização deste ponto de discussão e reivindicação dentro da sociedade. Obtiveram, inclusive, conquistas, como a abolição da escravidão em 1888, surgindo após isso questões trabalhistas com relação à chegada dos imigrantes para ocupar o lugar que antes era ocupado pelos escravos. Sobre esse assunto, Soares do Bem (2006) diz o seguinte: “Se o escravo era central no cenário sociopolítico do século XIX, no início do século XX serão os trabalhadores imigrantes que adquirirão centralidade”.

Cabe salientar que esses movimentos sociais, principalmente após a abolição da escravatura e a fundação da República, desenvolveram-se num cenário de grandes transformações sociais, políticas, econômicas e ideológicas (Soares do Bem, 2005). Com a descentralização política estabelecida pela República, alterou-se sobremaneira a articulação entre os sistemas locais de mando e os círculos mais abrangentes de poder político, dando origem à crise e ao perecimento do patriarcalismo rural (MONTEIRO, 1997, p. 42-43).

Já no século XX, os movimentos sociais começaram a se concentrar nas áreas urbanas derivados principalmente do crescimento da economia do café. Surge a figura do sindicato, trazido pelo trabalhador imigrante italiano, esta instituição veio como forma de defesa dos direitos dos trabalhadores como reivindicações por salários melhores e tratar da questão da modernização das relações de trabalho.

A expansão da racionalidade capitalista foi, nesse contexto, funcional para o surgimento de movimentos bastante específicos, como os movimentos messiânicos, que eclodiram – e foram barbaramente debelados pelo Estado – no final do século XIX. (Soares do Bem, 2006, p. 6)

As duas primeiras décadas do século XX foram um período de grande agitação política, eventos como a greve geral de 1917 marcaram tal período de maneira a demonstrar a força que estes movimentos adquiriram nestas décadas. Outros movimentos, já posteriores à greve geral merecem destaque com relação ao ganho de força dos movimentos sociais neste período, como por exemplo, as mencionadas por Arim Soares do Bem (2006) em seu artigo “a centralidade dos movimentos sociais na articulação entre o Estado e a sociedade...”: “a criação do primeiro Código de Menores do Brasil, em 1927;



as ações de padre Cícero em Juazeiro; o Movimento do Cangaço; o movimento estético em torno da Semana de 22; e o surgimento de várias organizações de classe”.

Surge também durante este período, antes mesmo da já mencionada greve geral de 1927, o pensamento sanitário-higienista, que na verdade, se preocupou basicamente na transferência de mendigos e esfarrapados das ruas para locais que eram denominadas instituições de correção, pois a estadia destes indivíduos nas ruas era considerada nociva ao bem-estar social. Compondo assim uma maquiagem da existência de crianças e adolescentes que tinham seus direitos básicos e fundamentais desrespeitados.

Este período foi alvo das mais variadas lutas e movimentações por parte da classe média urbana, além de também ser palco de diversas revoltas militares, como por exemplo, a revolta dos tenentes que ocorreu em 1922. Surge também a figura dos cangaceiros no sertão do nordeste.

Paralelamente à rebeldia militar, desenvolve-se a rebeldia das oligarquias regionais dos chamados estados intermediários. O Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Bahia e Pernambuco, que vão formar a reação republicana em oposição à candidatura "café-com-leite" de Artur Bernardes e Urbano dos Santos. (FORJAZ, 1976, p. 7)

Neste período o Brasil era governado de forma alternada por representantes de São Paulo e Minas Gerais. A oligarquia daquela época era a do café com leite, e funcionava de modo que, a cada eleição que ocorresse haveria uma alternância entre governantes indicados pelos paulistas e governantes indicados pelos mineiros. O Brasil já se encontrava nesta situação política há quase quatro décadas, no entanto, o surgimento de resistência com relação aos candidatos escolhidos por parte dos estados intermediários pôs a manutenção desta oligarquia em jogo.

Esta crise econômica repercute na disputa presidencial já em conflito com a disposição de Washington Luis de romper o Pacto de Ouro Fino celebrado em 1912 que fixara a alternância de São Paulo e Minas Gerais no poder governamental, com a famosa política café com leite ao insistir no nome de seu afilhado político Júlio Prestes de São Paulo em detrimento do mineiro Antonio Carlos que deveria ser o próximo presidente pelo Pacto. A súbita fraqueza econômica de São Paulo é o fato gerador para alicerçar a ambição política de Getúlio Vargas que mantém, dissimuladamente, a aparência de aliado confiável de Washington Luis de quem, aliás, fora Ministro da Fazenda desde o início do governo em novembro de 1926 até o final de 1927 quando Vargas sai



do Ministério para assumir o governo do Rio Grande do Sul. (FERNANDES, 2006, p. 2)

Depois de grande crise financeira causada pela quebra da bolsa de Nova York, resultou numa baixa na exportação do café que era a principal fonte de renda do país, e, mais especificamente de São Paulo, esta oligarquia se enfraqueceu, trazendo consigo desentendimentos entre os estados intermediários e os Estado regentes, Minas e São Paulo, e deste enfretamento surgiu à figura de Getúlio Vargas. O primeiro governo de Getúlio se iniciou em 1930, e veio para quebrar a hegemonia de quase quatro décadas dos mineiros e paulistas.

Algumas forças políticas vêm em Vargas a opção para se contrapor a Washington Luís e à política café com leite, opção que evolui no meio efervescente das lutas políticas e interesses de vários personagens como Borges de Medeiros, o Papa Verde, os tenentes de 1922 e 1924 (Siqueira Campos, Juarez Távora, Cordeiro de Farias), o que restara da Coluna Prestes com a facção marxista do Luis Carlos Prestes e Maurício de Lacerda, os comunistas do Paulo de Lacerda, até culminar com a deposição de Washington Luis a 24/10/1930 que acaba com a hegemonia de São Paulo e Minas Gerais e promoverá a instalação de uma nova sociedade no Brasil. (FERNANDES, 2006, p. 4)

De 1930 a 1934 o mandato exercido por Vargas foi provisório, e se caracterizou pela forte de presença dos tenentes nos cargos políticos mais variados, tendo em vista que foi a partir da aliança com eles que Getúlio conseguiu retirar Washington Luís da presidência, e assim conquistar seu primeiro mandato. Se nos primeiros anos do século XX os trabalhadores imigrantes ganharam destaque como movimentos social emergente, agora, devido a políticas liberalistas e industrializantes, que faziam os trabalhadores saírem do campo e irem pra cidade, quem ganha destaque no cenário de movimentações sociais são os trabalhadores rurais que estavam a migrar do campo para a cidade.

A classe operária muda de composição: de imigrantes estrangeiros para os migrantes nacionais, egressos do campo para a cidade. O Estado assume a liderança do processo de desenvolvimento nacional e promulga uma série de leis, destacando-se a legislação do trabalho. Ministérios e secretarias foram criados e questão social, até então objeto apenas da ação da polícia, passa a ter atenção de setores específicos dos governos. (GOHN, 2000, p. 10)



Luiz Carlos Bresser Pereira (2009), em seu artigo "Getúlio Vargas: o estadista, a nação e a democracia" defende que Vargas "foi um líder populista e nacionalista", e que a construção da nação almejada por ele não devia ser resumida no fortalecimento do Estado e ponto. Para ele era necessário que a nação se unisse no cumprimento da estratégia traçada para o crescimento, ou seja, deveria haver a participação do maior número de cidadãos que fosse possível.

Tal ideia remete a existência de poder, já que este, nas palavras de Hannah Arendt (2011), consiste num fenômeno que é resultado do agir em conjunto, ou seja, só há poder se a ação for tomada pelo consenso, não sendo o poder propriedade de poucos ou de apenas um, mas um planejamento que deve ser legitimado pela anuência de pelo menos um grupo social. E, para esta autora, de acordo com Moraes e Rodrigues (2013) o poder está entrelaçado com a existência do público, e este por sua vez se encontra profundamente relacionado com a democracia.

Os movimentos sociais também podem favorecer a democracia ao explicitarem a tensão inerente a qualquer decisão política. Esta tensão permite um aprofundamento e uma radicalização dos ideais democráticos de justiça, participação e inclusão de determinados grupos na luta pelo reconhecimento e a tematização de novas demandas até então não existentes ou silenciadas. A intensidade democrática aumenta à medida em que novos atores e demandas adentram o espaço público. (PEREIRA, 2012, p. 11)

Falando em democracia, Marcos Abílio Pereira (2012) diz que a promoção dela é papel exercido pelos movimentos sociais, que ao se ocuparem das relações sociais a partir da redefinição de normas, identidades e papéis acabam os criando de um novo jeito, de modo que estes se aproximem ainda mais de uma sociedade civil realmente democratizada.

Através da existência de uma cultura de práticas horizontalizadas e de estruturas reticulares, há uma intensificação e uma "exportação" de práticas democráticas para as redes às quais o movimento faz parte, permitindo assim uma partilha de poder e uma igualdade entre os participantes das redes. Esta cultura democrática pode, assim, contaminar os processos políticos nos quais o movimento social estiver presente. (PEREIRA, 2012, p. 8)



Diante disso, entende-se a necessidade da existência dos movimentos sociais para a evolução de uma sociedade, mas vale ressaltar que não apenas a existência basta há também a necessidade de que estes movimentos tenham espaço para atuar e que as questões levantadas por eles sejam ouvidas pelos governantes. Tais movimentos têm buscado tendo como base a participação, e não delegação, o desenvolvimento de estruturas organizadas.

3 DE VARGAS A GOULART: A SITUAÇÃO POLÍTICA DO BRASIL E OS PRINCIPAIS MOVIMENTOS SOCIAIS

Foi durante Era Vargas, entre os anos 30 e 40 do século XX, que os movimentos sociais tiveram tanto a oportunidade de existir, quanto para atuar. A principal pauta defendida pelos movimentos sociais neste período foi a trabalhista, tendo em vista a abertura dada pelo presidente Getúlio para a industrialização do país, pois via esta como a única forma de fazer o país evoluir.

Os anos 30 e 40 são verdadeiramente revolucionários no que diz respeito ao encaminhamento da questão do trabalho no Brasil. Nesse período, elabora-se toda a legislação que regulamenta o mercado de trabalho do país, bem como estrutura-se uma ideologia política de valorização do trabalho e de "reabilitação" do papel e do lugar do trabalhador nacional. A dinâmica entre os dois processos reforça-os mutuamente. (GOMES, 1999, p. 1)

De 1930 a 1937, Vargas exercia o papel de presidente do país, e mesmo que já tivesse dados passos para o que viria seu governo ainda era considerado democrático. Entretanto, com o surgimento do plano Cohen, que até hoje é considerado como um projeto organizado pelos comunistas para tomar o poder, o governo de Getúlio Vargas passou de democrático para autoritário. Sob o pretexto de defesa da democracia, Vargas decretou o Estado de Sítio no Brasil, fechando o Congresso Nacional em novembro do mesmo ano, e conseqüentemente, cancelando as eleições que ocorreriam no ano posterior.



Como todo e qualquer governo em que o governante tenha poderes totais, sem um Congresso Nacional ou qualquer outro órgão que o controle, o Estado Novo decretado por Vargas virou um regime autoritário. Instaurou-se uma ditadura no país, quando toda propaganda deveria ser favorável ao governo, inclusive, ocorrendo repressões àqueles que fossem contrários. Houve perseguição aos comunistas, que inclusive foram presos. Uma nova Constituição entrou em vigor, constituição esta que deu poderes limitados para o então governante Getúlio.

Agora o governo exercia muito controle e vigilância sobre a sociedade. O poder dos sindicatos foi limitado, pois foi instituído um sindicato oficial que era filiado ao Ministério do Trabalho, de modo que estes também viraram espaço de divulgação do governo, já que, foi durante este período que os trabalhadores conquistaram diversos direitos que são de fundamental importância até os dias atuais, como o salário mínimo em 1938 e a Consolidação das Leis do Trabalho em 1943.

É a partir desse momento, demarcado pela Revolução de 30, que podemos identificar de forma incisiva toda uma política de ordenação do mercado de trabalho, materializada na legislação trabalhista, previdenciária, sindical e também na instituição da Justiça do Trabalho. É a partir daí que podemos igualmente detectar — em especial durante o Estado Novo (1937-45) — toda uma estratégia político-ideológica de combate à “pobreza”, que estaria centrada justamente na promoção do valor do trabalho. (PANDOLFI, 1999, p. 52)

Aparentemente, tudo ia bem, já que o governo de Vargas, mesmo que autoritarista, se preocupava com a erradicação da pobreza e em dar a população no mínimo uma vida digna para viver. Mas o que então levaria este governo a ter seu fim? Em 1939 iniciou-se a 2ª Grande Guerra Mundial, e Vargas, movido por diversas questões políticas, optou por adotar posturas contraditórias, pois, em alguns momentos apoiou os países do Eixo, e em outros apoiou os países aliados. Por fim, aliou-se aos Estados Unidos, devido a um empréstimo de 20 milhões de dólares que este país concedeu ao Brasil.

Tal apoio gerou problemas para a ditadura vanguardista, pois, o país, que era governado por um regime totalitário, apoiou um de regime democrático durante um evento de grande importância política mundial, e isto fez com que a ditadura de Vargas



perde-se um pouco de sua legitimidade e que movimentos opositores viessem a surgir. Tanto que em 1943 entrou em cena um documento chamado Manifesto dos Mineiros, que exigia o fim do Estado Novo. Este documento teve apoio de figuras influentes tanto na política quando nas áreas de conhecimento, ou seja, na educação.

Vargas, ao contrário do que se espera de um governo totalitarista, foi favorável a tais reivindicações, e por isso criou uma emenda Constitucional que estabelecia a realização de eleições nos anos de 1945. Isso remete a ideia de liberação da criação de partidos políticos, e dentre os que surgiram neste período e que merecem destaque, pode-se falar, inicialmente do Partido Social Democrático e do Partido Trabalhista Brasileiro, que eram partidos que vieram para apoiar Vargas. Como movimento de oposição a Vargas, surgem os partidos chamados União Democrática Nacional, e o Partido Comunista Brasileiro, que se aproveitando da emenda, saíram da ilegalidade para voltar a requerer um lugar na política nacional.

Apesar de ainda existirem muitos movimentos favoráveis à manutenção de Vargas no poder, sua saída foi inevitável. Tanto que Getúlio, como bom populista que era, e na busca pela preservação de uma imagem política positiva, já que se espalhavam pelo mundo ideias democráticas após a derrota de Hitler na 2ª Guerra Mundial, aceitou passivamente sua deposição, que foi organizada e executada por militares no final de 1945, dando a ideia de que era um líder apoiador da democracia.

Este posicionamento de Getúlio ainda lhe rendeu uma imagem positiva perante a população, tanto que após sua saída do governo geral, ele assumiu um mandato de senador ainda em 1945, e voltou à presidência em 1951, onde ficou no poder até 1954. Vale ressaltar que o mundo, com o fim da 2ª Guerra Mundial, foi tomado por uma bipolarização, em que, de um lado estava a União Soviética com o Socialismo, e os Estados Unidos com o capitalismo. Tanto que em seu segundo governo, Vargas se ocupou em equilibrar tais forças antagônicas no país.

Ainda no seu primeiro governo, sendo que no final surgiu a obrigatoriedade do pagamento do imposto sindical, que vinculava o trabalhador a pagar o equivalente a 1 dia



de trabalho para o sindicato que representasse sua categoria. A instituição deste imposto fez surgir cada vez mais sindicatos, que antes, em seu primeiro governo haviam perdido a sua força devido ao grande apoio dados por ele aos trabalhadores, e ao grande número de concessões de direitos a eles.

É inegável que o governo de Vargas foi importantíssimo para o desenvolvimento dos movimentos sociais no Brasil, tanto para fortalecimento de alguns, como o dos trabalhadores, como para o enfraquecimento dos sindicatos. A partir do suicídio de Getúlio Vargas, Juscelino Kubitschek ingressou na corrida à sucessão presidencial, sendo empossado na presidência, juntamente com o seu vice João Goulart em 31 de janeiro de 1956.

Ao assumir, Juscelino extinguiu a censura à imprensa e determinou o fim do estado de sítio. Seu programa de governo era denominado “Plano de Metas” que consistia num programa de desenvolvimento nacional composto de 31 metas, cuja última e principal meta era a construção de Brasília. Tal plano tinha frentes de atuação nos cinco setores da economia (transportes, energia, indústrias de base, educação e alimentação). Mais de 90% dos recursos foram destinados a indústrias de base transportes e energia, de sorte que apenas 7% do investimento foram destinados para educação e alimentação.

Como resultado houve crescimento da indústria de base em quase 100%, e em virtude da injeção de capital estrangeiro o plano acarretou desequilíbrio econômico. A sucessão de Juscelino Kubitschek foi feita por Jânio Quadros e João Goulart empossados em 31 de janeiro de 1961, a despeito de pertencerem a partidos distintos. Jânio Quadros governou até 25 de agosto do mesmo ano, quando renunciou. Momento que entra em cena a questão acerca do empossamento de João Goulart, que era seu vice, e que no momento da renúncia não estava no Brasil.

Em 1961, quando Jânio Quadros renunciou, Jânio era o vice-presidente e viu-se vetado pelos ministros militares. Só assumira, depois de uma crise em que o país esteve perto da guerra civil, porque aceitaria uma fórmula pela qual se fabricou um humilhante regime parlamentarista cuja essência residia em permitir que ocupasse a Presidência desde que não lhe fosse entregue o poder. (GASPARI, 2012, p. 32)



João ocupou a presidência depois de muita resistência dos militares, pois sua imagem era comumente relacionada ao comunismo, o que não era bem visto pelos grandes empresários, que tinham grande sobre o Estado Brasileiro. Jango só começou a ter poderes presidenciais em 1963, depois da realização de um plebiscito, que determinou, a partir de 9,5 milhões de votos dos brasileiros que o presidencialismo tomasse o lugar do parlamentarismo no Brasil. Vale lembrar que neste período o mundo estava sendo tomado por uma bipolarização advinda da guerra fria. Por este motivo, os países estavam se dividindo entre aliados do eixo socialista, que era liderado pela União Soviética e aliados do Eixo capitalista, liderado pelos Estados Unidos.

A postura de governo de Jango foi à de conservadorismo econômico, buscando diminuir a incidência de capital estrangeiro no mercado brasileiro, limitando inclusive o lucro que empresas estrangeiras poderiam ter dentro do país. Goulart sempre foi mais aberto com relação às reivindicações internacionais, tanto que foi durante seu governo que os trabalhadores alcançaram o maior benefício concebido a eles até os dias atuais, 13º salário.

Elaborou também durante seu governo o plano trienal, que tinha como objetivos a diminuição da inflação, a geração de empregos e diversas outras medidas que tinham a intenção de colocar um fim na crise econômica que tomava conta do país. Ele também acreditava na necessidade da ocorrência das reformas de base, a fim de diminuir as desigualdades sociais. Tanto que foi em um grande comício, que ocorreu na central do Brasil, onde estavam reunidas mais de 150 mil pessoas que ele anunciou que daria início as reformas de bases, fato que desagradou a oposição, que começou a acusa-lo ainda mais de comunista.

E como resposta a tais atitudes de Jango, a igreja, juntamente com os setores conservadores da sociedade organizou a Marcha da Família com Deus pela Liberdade, que surgiu com a justificativa de combater a eminência de comunismo. Que estava a ocorrer no país devido aos últimos pronunciamentos do então presidente da república João Goulart. A queda de Jango se deu em um momento de intenso enfretamento dos



movimentos sociais de oposição e situação, movimentos estes que estavam ganhando cada dia mais força dado o momento político e social que estava sendo vivenciado no país.

Os movimentos sociais, tanto de oposição quanto de situação foram de extrema importância, em vários momentos da história política do Brasil, tanto que, muitas das decisões políticas de João Goulart foram derivadas da pressão política dos movimentos sociais. Estes movimentos são a demonstração do exercício da democracia, pois é a partir dele que a opinião da população acerca dos assuntos que estão em alta e que irão influenciar na vivência da sociedade será ouvida.

4 OS MOVIMENTOS SOCIAIS NA ATUALIDADE

A próxima parte deste trabalho se ocupa em entender qual o papel que está sendo exercido pelos movimentos sociais na atualidade, tendo em vista diversas modificações de direitos adquiridos pelos trabalhadores com o passar dos anos e lutas de movimentos antecedentes aos atuais, e o combate à corrupção. Entram nas pautas principais dos movimentos sociais contemporâneos as reformas trabalhistas e previdenciárias, e até mesmo a questão da corrupção, que tem sido cada vez mais escancarada no Brasil, e que, no entanto, ainda não é vista uma efetiva punição para aqueles que a cometem.

Inicialmente, deve-se falar dos protestos ocorridos no ano de 2013 em todo o país, estas manifestações tiveram como ícone o Movimento do Passe Livre (MPL), e se ocuparam principalmente com pautas que envolvam a questão do transporte público, requerendo diminuições nos valores das passagens de ônibus. No entanto, a pauta deste movimento não se limitou as passagens de ônibus, ela foi além, se introduzindo na questão da mobilidade urbana que é um direito inerente a todo e qualquer cidadão, que não tenha sofrido alguma penalidade privativa de liberdade.

O Movimento do Passe Livre (MPL) se tornou o ícone das manifestações e dos protestos de junho de 2013, como a expressão de uma nova forma política de agir. Porém temos que lembrar que o MPL já tinha uma articulação nacional desde meados dos anos 2000, em várias cidades, com ideários políticos coletivamente definidos por seus participantes. Suas pautas não se reduziam ao preço da



passagem dos ônibus, ainda que essa tem sido uma estratégia política relevante. Esse movimento tem se referido mais amplamente aos direitos do cidadão no que diz respeito à mobilidade urbana de uma forma geral, a qual deveria ser considerada como um direito fundamental, tal como o direito à educação, à saúde, etc. Assim, propunham, já historicamente, a desmercantilização do transporte coletivo, alicerçando-se num ideário de transformação sistêmica, como outros movimentos estudantis tiveram no passado ou têm no presente. (SCHERER-WARREN, 2014, p. 2)

Ressalta-se inclusive este protesto ocorrido em 2013 abriu margem para o surgimento de uma pluralidade de demandas, que deram força para que os movimentos sociais voltassem a ter força. Tanto que se espalharam pelo Brasil protesto dos mais variados grupos da sociedade, que inicialmente reivindicavam o retrocesso no aumento das passagens, mas que posteriormente surgem com novas reivindicações, tanto que Ilse Scherer-Warren (2014, p. 2-5) relata a existência de dois tipos de movimentos, os que buscavam mudanças sistemáticas, pois saíram da mera reivindicação por questões que envolvem o transporte público até a questão da defesa da participação do indivíduo na sociedade como um cidadão de direitos.

Outro tipo de movimento social é o que luta por direitos humanos, pois, como já foi dito anteriormente, os protestos de junho de 2013 deram um gás para que outros protestos e outras reivindicações viessem a crescer. Vários grupos ganharam autonomia, inclusive, começando apresentar suas próprias demandas e organizar suas próprias manifestações. Ilse Scherer-Warren (2014, p. 4) fala que "O primeiro direito a ser reivindicado foi o de liberdade de manifestação de rua, de expressão e de participação na política", já que, desde a ditadura havia um movimento de marginalização e criminalização dos movimentos sociais.

Mais recente, e que merecem destaques, foram os protestos e greves gerais organizadas pelos mais variados grupos sociais contra as reformas da previdência e trabalhistas propostas pelo atual presidente brasileiro, Michel Temer. Aqui, houve manifestação tanto pelo lado oposicionista ao governo, quanto pelo da situação. Foram organizadas uma série de greves gerais, lideradas pelos movimentos sindicais, que, dada a aderência da população a greve, pode-se concluir que voltaram a ganhar força desde que



foram proibidos na época da ditadura, e que, devido a reforma trabalhista, voltariam a perder esta força.

O que fica evidenciado nestes protestos foi a manifestação da população sobre sua não concordância com as reformas propostas pelo presidente e que estavam sendo analisadas pelo congresso Nacional. E que, no entanto, não foram ouvidas pelos parlamentares, pois a aprovaram, sem nem mesmo consultar a população, mesmo que esta já se manifestasse contrária a ela, acerca do consentimento com estas mudanças.

5 CONCLUSÃO

Com o desenvolvimento da pesquisa tem-se que os movimentos sociais desenvolveram grande influência em vários momentos do desenvolvimento político do país, mesmo que este tenha variado suas formas de governo com bastante constância. De oligarquia a presidencialismo, que foi sucedido pelo autoritarismo de Vargas, retornando ao presidencialismo com Juscelino Kubitschek, e que depois virou parlamentarismo, seguido do presidencialismo com Goulart, finalizando com a ditadura militar até finalmente chegar a atual democracia, que, no entanto, devido à bagunça política que o Brasil se encontra, não tem sido tão democrática assim.

REFERÊNCIAS

A Ditadura Envergonhada. Companhia das Letras: São Paulo. 2012.

BEM, Arim Soares do. A Centralidade dos Movimentos Sociais na Articulação entre o Estado e a Sociedade Brasileira nos Séculos XIX e XX. Campinas. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v27n97/a04v2797.pdf>>

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Getúlio Vargas: O Estadista, a Nação e a Democracia. São Paulo. 2009.

CARDOSO, R. **Movimentos sociais urbanos**: balanço crítico. In SORJ, B., and ALMEIDA, MHT.,orgs. Sociedade política no Brasil pós-61 [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008. p. 313-350. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/b4km4/pdf/sorj-9788599662632-09.pdf>>



FORJAZ, Maria Cecília Spina. **A Crise da República Oligárquica no Brasil:** As primeiras Manifestações Tenentistas. Rio de Janeiro. 1976. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rae/v16n6/v16n6a07.pdf>>

FERNANDES, Cláudio. **Governo João Goulart.** São Paulo. Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/historiadobrasil/governo-joao-goulart.htm>>

SCHERER-WARREN, Ilse. **Manifestações de Rua no Brasil 2013:** Encontros e Desencontros na Política. Salvador. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v27n71/a12v27n71.pdf>>

GOHN, Maria da Glória. **Abordagens Teóricas no Estudo dos Movimentos Sociais na América Latina.** Campinas. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v21n54/03.pdf>>

GOHN, Maria da Glória. 500 Anos de Lutas Sociais no Brasil: Movimentos Sociais, ONGs e Terceiro Setor. Londrina. 2000. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/viewFile/9194/7788>>

GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais na contemporaneidade. Campinas. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v16n47/v16n47a05.pdf>>

JACOBI, Pedro Roberto. **Movimentos sociais urbanos no Brasil.** São Paulo. 2009. Disponível em: <<http://anpocs.org/index.php/universo/acervo/biblioteca/periodicos/bib/bib-09/336-movimentos-sociais-urbanos-no-brasil/file>>

JAMBEIRO, O., et al. Tempos de Vargas: o rádio e o controle da informação [online]. Salvador: EDUFBA, 2004. Disponível em: <<https://static.scielo.org/scielobooks/3yd/pdf/jambeiro-8523203109.pdf>>

MIRANDA, Camila Maximiano. CASTILHO, Neuza Aparecida Novais. CARDOSO, Vanessa Cristina Carvalho. **Movimentos Sociais e Participação Popular:** Luta pela Conquista dos Direitos Sociais. Uberlândia. 2009. Disponível em: <http://catolicaonline.com.br/revistadacatolica2/artigosv1n1/15_Movimentos_sociais.pdf>

MORAES, Robson de Sousa. RODRIGUES, Uelinton Barbosa. **O Conceito de Poder em Michel Foucault e Hannah Arendt, como Instrumento de Definição da Categoria Território.** São Paulo. 2013. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufam.edu.br/revista-geonorte/article/viewFile/1161/1051>>

PEREIRA, Marcus Abílio. Movimentos sociais e democracia: a tensão necessária. Campinas. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/op/v18n1/v18n1a04.pdf>>

FGV. **A Conjuntura de Radicalização Ideológica e o Golpe Militar:** A Marcha da Família com Deus pela Liberdade. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/Jango/artigos/AConjunturaRadicalizacao/A_marcha_da_familia_com_Deus>

REPENSANDO o Estado Novo. Organizadora: Dulce Pandolfi. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999. 345 p.



SCHERER-WARREN, Ilse. **Manifestações de Rua no Brasil 2013:** Encontros e Desencontros na Política. Santa Catarina. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v27n71/a12v27n71.pdf>>



INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EXTRAJUDICIAL E A RECONSTRUÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:

POSSIBILIDADES E DESAFIOS

.....
Pedro de Oliveira Alves¹

1 INTRODUÇÃO²

Com o objetivo de explorar os possíveis sentidos de uma interpretação jurídico-constitucional fora dos tribunais, a presente pesquisa é uma proposta de reflexão sobre a natureza, os titulares e os limites da interpretação constitucional extrajudicial. Logo, ao partir de uma hipótese controversa como a diferenciação entre interpretação e aplicação do direito, a pesquisa gira em torno de complexos problemas sobre a relação entre direito, democracia e verdade.

Uma vez admitida a existência de interpretações constitucionais não coincidentes com o momento da aplicação do direito pelos juízes e tribunais, discutimos, afinal, qual o sentido da jurisdição constitucional (jurisdição = "*juris dicção*" = dizer o direito/ dizer a justiça)? A quem compete determinar o sentido da norma constitucional?

Partindo do método hipotético-dedutivo de Popper, a pesquisa preliminarmente se preocupa em lançar suas próprias hipóteses: verificando os diversos sentidos da interpretação constitucional e quais suas leituras para contextos democráticos (tópico 2), realizando a distinção entre interpretação e aplicação do direito (tópico 3) e apresentando o processo constitucional em sentido amplo como caminhos e resultados de uma dinâmica constitucional brasileira (tópico 3). A partir de tais formulações, buscamos

¹ Mestrando em Direito pela UFPE, integrante da linha de pesquisa "Teorias da Decisão Jurídica". Bacharel em Direito pela UFRN. Advogado.

² Trabalho desenvolvido no âmbito dos Grupos de Pesquisa "Teoria e História Constitucional brasileira" (FDR/UFPE) e "Constituição Federal brasileira e sua concretização pela Justiça Constitucional" (UFRN).

examinar a falseabilidade de tais premissas para, ao final, reformulá-las ou confirmá-las enquanto possíveis teorias científicas.

Ao final, embora seja uma pesquisa bastante pretensiosa, não pretendemos encerrar a discussão ou apresentar os pontos cegos das correntes divergentes, mas sim contribuir para um novo olhar sobre a interpretação constitucional e as funcionalidades das decisões jurídicas em sociedades democráticas.

2 MÚLTIPLOS SENTIDOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E SUAS IMPLICAÇÕES PARA A DEMOCRACIA

Quando mencionamos interpretação constitucional, é natural que pensemos nas deliberações dos juízes constitucionais, das Cortes Constitucionais e até mesmo no controle difuso de constitucionalidade realizado por qualquer juiz como no caso brasileiro. Apesar disso, a doutrina brasileira fala muito pouco na interpretação constitucional extrajudicial. Afinal, quais as possibilidades desta?

Primeiro, é preciso fazer uma breve ressalva sobre a natureza da interpretação jurídica. A depender do contexto histórico-cultural vivenciado em uma sociedade, as teorias da interpretação ganham contornos peculiares (JUST, 2014, p. 24). Geralmente, a interpretação jurídica é vista como compreensão ou atribuição de sentido, mas em razão da ausência de uma completa objetividade do direito (JUST, 2014, p. 29-34), também é preciso reconhecer a dimensão política da interpretação jurídica.

Não tentamos encaixar a interpretação constitucional como espécie de ato de conhecimento ou como ato de vontade política, mas apenas reconhecer que ambas as dimensões podem estar presentes. Em alguns momentos, é possível que prevaleça a dimensão política e, em outros momentos, poderia haver maior peso da dimensão cognitiva. No fim, o que não podemos é sacrificar a norma constitucional em face do elemento político, devendo a interpretação atuar como uma “balança constitucional” que realiza o equilíbrio entre direito e política para não cair nas arbitrariedades e instabilidades



(BONAVIDES, 2013, p. 477). Ainda que reconheçamos que a interpretação jurídica seja atividade jurídica e não política, isso não significa dizer que o intérprete do direito deva ignorar as consequências políticas, sociais e econômicas do resultado de sua interpretação, para evitar cometer injustiças. Deve o intérprete, portanto, atuar dentro dos limites e das possibilidades abertas pelo ordenamento (BARROSO, 2003, p. 112).

No campo da jurisdição constitucional, a busca por uma objetividade da norma é ainda maior em razão da pretensão de legitimidade do juiz constitucional (JUST, 2014, p. 48). Interpretar constitucionalmente, não esqueçamos, é atribuir o significado da norma constitucional a partir do texto/preceito normativo, porém indo além dele e compreendendo a realidade social e seu contexto.

Mas quem deve interpretar a norma constitucional? Apenas o Judiciário?

Na discussão doutrinária presente nos Estados Unidos, duas fortes correntes podem ser observadas quanto ao debate sobre a interpretação constitucional extrajudicial: o “departamentalismo” e o “constitucionalismo popular”. Em breve síntese, a primeira corrente argumenta em defesa do reconhecimento da interpretação constitucional realizada administrativamente (em especial pelo Legislativo e pelo Executivo) enquanto a segunda tendência demonstra a importância do reconhecimento da interpretação constitucional realizada pelo povo que legitima a ideia de Constituição enquanto limite ao poder político/estatal. Portanto, tais correntes não se anulam, mas não necessariamente caminham juntas.

Em verdade, a depender do conceito utilizado para compreender o fenômeno interpretativo sobre a norma constitucional, é possível notar diferentes consequências para o reconhecimento dos titulares da interpretação e até mesmo sobre a investigação acerca de sua própria natureza.

Segundo Luís Roberto Barroso (2003, p. 103), interpretar juridicamente consiste em uma atividade prática de revelar o conteúdo, significado e alcance de uma norma jurídica, possuindo a finalidade de aplicar em um caso concreto. Tal conceito envolve dois elementos que precisam ser observados com atenção: a natureza cognitiva da atividade

interpretativa (busca conhecer a norma) e a finalidade prática de aplicar a norma em um caso concreto. Nesse sentido, a aplicação da norma jurídica seria “o momento final do processo interpretativo, sua concretização, pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato”.

Com esta concepção, adiante, Barroso (2003, p. 116-117) reconhece que a interpretação constitucional poderia ter três origens distintas: através do Poder Legislativo, através da própria Administração Pública (Executivo) e a via judicial; porém menciona que há autores que enxergam a possibilidade da interpretação constitucional via doutrinária, sem, contudo, reconhecer esta em face de sua definição com base em uma finalidade de aplicação para solucionar um caso concreto.

De fato, o Poder Legislativo tem seus próprios costumes e práticas constitucionais e também lida com desafios de interpretação da norma constitucional em suas atividades cotidianas como para estruturar e dar funcionamento aos seus órgãos, para redigir seu regimento interno (inclusive as Câmaras Municipais seriam, nesse sentido, titulares da interpretação constitucional) e demais atos normativos de sua competência (processo legislativo em geral) ou para apreciar vetos do Poder Executivo. Mais recentemente, a possibilidade de interpretação constitucional pelo Legislativo foi devidamente verificada nos julgamentos dos crimes de responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, com base nas diretrizes estabelecidas no texto constitucional.

Na interpretação realizada administrativamente, a interpretação constitucional é verificada, muitas vezes, no próprio agir da Administração Pública. Isto é, na sua aplicação do direito e na verificação, por exemplo, de garantias do ente privado como uma imunidade tributária prevista constitucionalmente. Porém, muito além dessas possibilidades, haveria também a possibilidade de fundamentar a inércia administrativa: o Executivo pode deixar de aplicar os atos legislativos que considere inconstitucionais (BARROSO, 2003, p. 117).

Isso não significa dizer que o Judiciário não possa rever a interpretação dos órgãos estatais extrajudiciais. Pelo contrário, é claro que pode fazê-lo para dar coerência e



unidade ao sistema jurídico e, principalmente, para fazer valer a força normativa da Constituição. Contudo, não pode o intérprete judicial simplesmente ignorar os posicionamentos e práticas interpretativas presentes no âmbito da Administração Pública e nos trabalhos do Poder Legislativo.

Portanto, nos parece demonstrada a possibilidade de interpretação constitucional pelos órgãos estatais extrajudiciais.

Quando se trata de interpretação jurídica, Wróblewski (2001, p.213) não se restringe ao Poder Judiciário e aponta que haveria a interpretação jurídica do órgão estatal que aplica o direito e determina o sentido da norma aplicável ao caso (interpretação operativa) e a interpretação realizada no âmbito da ciência do direito (interpretação doutrinária).

Quanto à possibilidade de que indivíduos interpretem a Constituição, quase sempre há quem faça referência à defesa de Peter Häberle sobre a sociedade aberta dos intérpretes (BARROSO, 2003, p. 120). Para Häberle, o círculo de intérpretes constitucionais englobaria todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os grupos e todos os cidadãos que vivenciam a norma (JUST, 2014, p. 142). Aliás, a interpretação constitucional só seria legítima na medida em que resultasse de um processo comunicacional aberto e plural organizado segundo regras que favorecessem tal abertura.

Portanto, a teoria plural de Häberle possui três pilares em sua base: a) o alargamento do círculo de intérpretes; b) interpretação como processo aberto e público; c) publicização do conceito de constituição (BONAVIDES, 2013, p. 525). Ao fim, a "responsabilidade decisória seria amplamente compartilhada e, portanto, aliviada" (JUST, 2014, p. 144-145).

Embora concordemos com a hipótese de incluir os órgãos administrativos e os cidadãos no rol de intérpretes constitucionais, não seguimos a teoria de Häberle por discordarmos de seus fundamentos, de suas premissas e, principalmente, de suas consequências. A tentativa de apresentar um racionalismo crítico e plural como elemento central da jurisdição constitucional merece ser discutida em um trabalho investigativo próprio, mas foge aos objetivos desta pesquisa. Em antecipação a uma possível crítica, Emerson Garcia (2008, p.66) é enfático em esclarecer que a multiplicidade de intérpretes

não pode ser vista como um risco de que a Constituição venha a se dissolver entre inúmeras interpretações, algo que poderia prejudicar a unidade constitucional.

Por enquanto, fiquemos com a hipótese de que, em um Estado democrático de direito, decisão judicial e decisão jurídica não se confundem, pois a primeira diz respeito a um mero ato de um aplicador do direito em um caso concreto enquanto a segunda seria uma operação do sistema jurídico que resulta de uma cadeia comunicativa composta por vários elementos, decisões judiciais, manifestações sociais, atuação do legislador, interpretação dada por órgãos extrajudiciais, dentre outros (STAMFORD, 2016. p. 32). Assim, o sistema jurídico tentaria se adaptar às mudanças da sociedade e uma única decisão judicial (aplicação do direito) não representa, por si, a resposta do sistema como um todo.

3 DA NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO ENTRE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO NO CONTEXTO BRASILEIRO

Conforme exposto no tópico anterior, é comum a associação entre interpretação jurídica e sua suposta finalidade prática que seria a aplicação do direito no caso concreto. Embora seja um termo muito genérico, aplicação jurídica diz respeito ao momento de “concreção”, isto é, quando o direito é realizado, tornando-se inteligível ao incidir em casos concretos. Assim, a aplicação de uma regra jurídica ocorreria quando esta é “cumprida por condutas que lhe obedecem ou ao ser imposta por um órgão do poder público” (SALDANHA, 2003, p. 295).

Estes dois cenários apresentados por Saldanha sobre a aplicação jurídica (cumprimento espontâneo da regra e imposição por uma autoridade competente) pressupõem algum grau de interpretação tanto no sentido de compreensão da regra como em sua dimensão subjetiva influenciada pelos valores do intérprete. Logo, para haver aplicação do direito, é necessária a interpretação. O contrário, porém, não é igualmente verdadeiro.



Ainda que falemos que o Direito é uma experiência ou razão prática vivenciada e, conseqüentemente, não existiria em um plano puramente abstrato, certo é que as pessoas em geral - e, especialmente, os profissionais e cientistas do direito - buscam compreender previamente o sentido das regras jurídicas. Essa atribuição prévia de sentido não é apenas uma análise textual do preceito escrito, mas também compreensão da realidade social e do contexto cultural já existente. Assim, a finalidade dessa interpretação prévia tem como funcionalidade a preparação da discussão em torno do sentido normativo, facilitando a convivência humana em sociedade e preparando os atuais e futuros aplicadores do direito. Logo, é possível haver interpretação jurídica sem aplicação do direito (embora possa potencialmente pretender influenciar aplicações futuras do direito), nos termos aqui colocados.

Sendo assim, faz mais sentido enxergar a interpretação jurídica como um processo evolutivo de compreensões da norma jurídica. Tal processo interpretativo não é encerrado (o que encerra é a aplicação do direito diante de um caso concreto, em razão da necessária estabilidade social, segurança jurídica e respeito à coisa julgada na solução de conflitos), pois novos argumentos e novos entendimentos podem continuar surgindo e nenhuma matéria jurídica encerra sua discussão de forma definitiva, principalmente no campo da ciência jurídica (esta entendida aqui como pensamento crítico e dialético, com rigor metodológico, que visa compreender o sentido das regras e princípios jurídicos).

Considerando que a interpretação doutrinária não necessariamente se volta para um caso particular (embora seja possível), compete a ela não apenas buscar compreender o sentido textual, mas também todo o contexto social que este texto está inserido. Em outras palavras, não devemos nos prender apenas ao "programa normativo" (dispositivo textual), mas a uma séria investigação sobre todo o "âmbito normativo" que a norma jurídica alcança (incidência da norma em uma realidade social que não é estática).

Por outro lado, também pode a interpretação constitucional versar sobre casos que já foram julgados (em leitura crítica) ou até mesmo especular casos fictícios para facilitar a compreensão dos que buscam entender o sentido da norma constitucional antes, durante

ou depois da aplicação desta, pois interpretação e aplicação não necessariamente coincidem.

4 COMPREENSÃO DO PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO DINÂMICA CONSTITUCIONAL: VERIFICAÇÃO DA FALSEABILIDADE DA HIPÓTESE DE PESQUISA

Ao buscar compreender o significado da palavra “processo”, entendemos que não se trata de uma referência a algo estático. Pelo contrário, processo diz respeito a alguma dinâmica, submetida a uma sucessão de etapas ou simplesmente capaz de sofrer alterações em sua substância.

Processo constitucional, portanto, pode ser compreendido como “dinâmica constitucional”. Dinâmica constitucional, em outras palavras, é o resultado da “existência de uma perspectiva-conteúdo material da Constituição, historicamente condicionada” (DANTAS, 1995, p. 6).

Sendo assim, considerando que o Direito Constitucional não se restringe a uma Constituição formal, a dinâmica constitucional de um país é a aplicação das normas constitucionais combinada com as práticas, usos e costumes da realidade social e com as diferentes interpretações constitucionais que se apresentam na esfera pública (indo além da esfera privada do indivíduo).

Aqui, portanto, tratamos de não confundir o processo constitucional com as leis processuais, com as ações constitucionais ou com os remédios constitucionais. Processo constitucional - entendido em um sentido amplo (ou amplíssimo) - inclui também todas aquelas espécies, mas abarca a dinâmica da realização (ou mesmo da potencial realizabilidade) das regras e princípios constitucionais pelas instituições e pelo “povo constitucional”. Não podemos esquecer, contudo, que tal dinâmica constitucional está a serviço da ideologia constitucional escolhida pelo constituinte e aos valores sociais do grupo. Caso contrário, poderia haver um desvirtuamento da normatividade constitucional,



uma erosão da consciência constitucional ou ainda o aparecimento de um “hiato constitucional”.

Esta concepção ampliada do processo constitucional, aliada a um entendimento da jurisdição constitucional não restrita ao Poder Judiciário, não significa desmerecer as decisões dos juízes e tribunais ou tentar sustentar algum tipo de desobediência civil em períodos democráticos. Em verdade, apenas contribui para a sustentação de um novo entendimento do direito constitucional mais próximo da noção de controle do poder (valor tão caro e essencial ao constitucionalismo moderno), situando a interpretação constitucional em ponto estratégico de um novo modelo de racionalidade jurídica próximo às instituições constituídas, ao sentimento do constituinte e, principalmente, mais próximo do povo constitucional que, sendo soberano, confere a legitimidade da ordem constitucional. Logo, não devemos confundir supremacia judicial com revisão judicial, sendo necessário relembrar a distinção entre aplicação e interpretação constitucional mais uma vez (tópico anterior).

A presente pesquisa, ao investigar a doutrina sobre a matéria e tentar observar a prática das Cortes Constitucionais, não encontrou nenhum argumento que pudesse legitimar uma refutação às teses aqui defendidas. Evidentemente, há outros olhares e explicações distintas das premissas e conclusões aqui discutidas, mas não foram encontrados elementos empíricos que derrubassem a distinção entre aplicação e interpretação constitucional ou nossa concepção de processo constitucional como dinâmica constitucional e sua repercussão na definição da jurisdição constitucional (nos termos e definições trabalhadas aqui).

Por fim, observamos que, confirmando nossas hipóteses iniciais, verificamos que as teses aqui defendidas não apenas reestruturam um constitucionalismo democrático, reflexivo, discursivo e crítico como também valoriza o papel dos juízes e dos tribunais, uma vez que os demais intérpretes do direito possuem a missão também de acompanhar a aplicação do direito feita pelo Judiciário, fiscalizando, discutindo e promovendo amplo debate que visa, no fim, um aperfeiçoamento do sistema jurídico. Assim, talvez, seja um

caminho para enfrentar o “judiciário” (COELHO, 2009, p. 148) e uma forma de antecipação crítica para tentar restringir o campo de possíveis arbitrariedades do futuro.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho é apenas parte de um estudo mais amplo sobre interpretação constitucional e os discursos existentes sobre ela. Ao propormos uma investigação sobre sua modalidade extrajudicial, enveredamos por um caminho não tão conhecido na tradição doutrinária brasileira. Por tal razão, partimos inicialmente de uma investigação que considerasse a multiplicidade de visões sobre a interpretação, abrindo campo para uma proposta reflexiva.

Ao possuir uma “consciência histórica” sobre o atual momento das Cortes Constitucionais, é sempre válido ressaltar que estas podem vir a atuar como agentes redutores de direitos e mesmo ir de encontro à razão, ao direito. Assumir uma posição em favor de um constitucionalismo democrático com constante vigilância jurídica (e não apenas vigilância política) à atuação dos juízes significa racionalizar um sistema jurídico que possa evoluir com base em processos argumentativos sérios e inclusivos para não correremos o risco de alimentarmos uma besta autoritária que ignore direitos e garantias dos indivíduos e que venha a cometer atrocidades e injustiças no futuro.

A partir da proposta por uma maior racionalidade reflexiva, apresentamos uma distinção entre interpretação e aplicação do direito (talvez, o ponto mais polêmico assumido neste artigo). Longe de pretender discutir a questão na visão da “Hermenêutica Filosófica”, por não ser este o espaço apropriado para isso, a pesquisa apresenta uma proposta de distinção entre interpretação e aplicação do direito, compreendendo a primeira como o processo de compreensão e atribuição de sentidos às normas jurídicas ao longo do tempo, evoluindo com base nas alterações da realidade social e do contexto histórico-cultural. Já a aplicação do direito foi entendida aqui como um momento de cumprimento espontâneo do direito ou imposição de uma interpretação por autoridade competente para solucionar o caso concreto. Sendo, pois, distintas entre si, a interpretação



e a aplicação do direito constitucional atuam com finalidades e problemas próprios, não devendo haver confusão entre os dois conceitos.

Por fim, a tese da interpretação constitucional extrajudicial apresenta novos desdobramentos para a compreensão do processo e jurisdição constitucional. É que, para além das importantes funções do processo judicial, a ideia de uma dinâmica constitucional baseada nas práticas, atuações e interpretações dos poderes públicos e da sociedade em geral abre espaço para uma noção ampliada do processo constitucional que não restou refutada por nenhum elemento da dogmática jurídica ou da realidade social.

Concluimos que a presente pesquisa, embora ainda não totalmente desenvolvida, sugere um olhar diferente para uma possível teoria da interpretação constitucional que seja crítica à aplicação do direito e que tenha comprometimento com um pensamento crítico e inclusivo. Assim, a partir de uma teoria reflexiva da decisão jurídica e de uma redefinição do sentido amplo do processo constitucional, a interpretação constitucional extrajudicial ganha dimensões extremamente significativas que podem vir a redefinir algumas noções do próprio sistema jurídico, do Estado e da democracia constitucional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento jurídico, Constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar F; COELHO, Inocêncio M; BRANCO, Paulo G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

GARCIA, Emerson. Interpretação das disposições constitucionais. In: _____. **Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Capítulo 2.

JUST, Gustavo. **Interpretando as teorias da interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.



SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

STAMFORD, Artur. Teoria reflexiva da decisão jurídica: direito, mudança social e movimentos sociais. **Revista de Direito da UnB**, v. 2, p. 27-52, 2016.

WRÓBLEWSKY, Jerzy. **Sentido y hecho en el derecho**. Trad. F. J. EzquiagaGanuzas e Juan I. Salaverría. México, D.F.: DistribucionesFontamara, 2001.





O CONFLITO DA RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSO PARA PROFESSOR DO MAGISTÉRIO SUPERIOR COM UMA VAGA EM CADA ÁREA DO CONHECIMENTO E OS DESAFIOS PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO

.....
Sandra Mara Silva de Leon¹

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial da ONU, ratificada no Brasil, define no seu Artigo I, a discriminação racial como:

qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.

Com a publicação da Lei 12.990/2014 que prevê a reserva aos negros de 20% das vagas disponibilizadas nos concursos públicos, as instituições públicas passaram a incorporar nos editais dos concursos públicos regras que estabelecem o cumprimento da legislação. No entanto, um longo caminho em busca de conhecimento e troca de informações foi percorrido até que cada instituição ao realizar as adequações necessárias esteja apta a ofertar suas vagas nos concursos públicos, em editais que contemplem a legislação e permitam o acesso no serviço público aos candidatos que cumpram todas as regras estabelecidas.

Por iniciativa do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, alegando existência de controvérsia jurídica quanto à reserva de vaga aos negros em concursos

¹ Doutora em Direito pela Universidad de León – UNILEON – Espanha. Técnica Administrativa em Educação na Universidade Federal do Pampa – UNIPAMPA.

públicos, foi julgada a Ação Declaratória de Constitucionalidade 041/2017 que declara constitucional a Lei 12.990/2014, o que veio a serenar os mais exaltados opositores da chamada Lei das Cotas Raciais.

Nessa senda, para preencher as lacunas na legislação, surge a necessidade de que as instituições que precisam realizar concursos públicos para selecionar seus servidores dediquem-se ao estudo das possibilidades existentes para que possam selecionar os candidatos e cumprir a legislação. Dentre leis, instruções normativas, medidas provisórias, diversas orientações e recomendações dos órgãos de controle e, no caso das Instituições de ensino, notas técnicas da Secretaria de Gestão de Pessoas do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão fazem com que o desafio de selecionar seu quadro de pessoal seja ainda mais complexo.

Entretanto, apesar dos concursos públicos assegurarem aos negros o direito a reserva de vagas, com uniformidade de entendimento na efetivação dos seus direitos, o mesmo ainda não ocorre nos concursos públicos para professor do magistério superior.

Assim, o propósito do texto é abordar as percepções existentes para efetivação dos direitos dos negros quanto à reserva de vagas nos concursos públicos para professor do magistério superior no intuito de contribuir para unificação de entendimento e uniformização da prática. Busca-se, portanto, garantir o cumprimento da Lei 12.990/2014, sem olvidar os concursos com especificidades próprias - por vezes atípicas - como a seleção de, somente, um candidato para cada área do conhecimento nos concursos para o magistério superior.

2 ENTENDIMENTOS ADOTADOS ACERCA DA RESERVA DE VAGAS

A partir da análise dos editais publicados e dos resultados obtidos através de pesquisa enviada por e-mail aos setores responsáveis pela organização dos concursos públicos de cada uma das 63 Instituições Federais de Ensino Superior que atualmente realizam concursos públicos para prover as vagas de professor do magistério superior,



constata-se que há uniformidade de entendimento para a reserva de vagas aos negros nos concursos para o quadro de pessoal técnico administrativo em educação. No entanto, a falta de orientação, com regramento definido, acerca do cumprimento da Lei 12.990/2014 no que tange ao cargo com previsão de uma vaga para cada área do conhecimento, resulta na ausência de uniformidade na seleção de candidatos, entre as instituições, quanto à reserva de vagas aos negros nos concursos para professor do magistério superior.

Cabe registrar que a dificuldade na obtenção das informações indispensáveis para análise em questão, pode indicar a vulnerabilidade das decisões tomadas pelas instituições que necessitam realizar os certames para prover seu quadro de pessoal, com a responsabilidade de não atribuir prejuízo aos alunos diante de eventual carência de professores. Os responsáveis pela seleção atuam, portanto, sem o devido respaldo dos que, por hierarquia, detêm o dever de padronizar o entendimento.

O estudo acerca do tema resultou na identificação de que atualmente as Instituições Federais de Ensino Superior utilizam três diferentes formas de cumprir a Lei 12.990/2014, com a publicação de editais que estabelecem a reserva aos negros de 20% das vagas previstas quando se destina a selecionar candidatos ao cargo de professor do magistério superior diante da oferta de uma vaga para cada área do conhecimento, são eles:

1) com a publicação de edital com de três vagas, a disponibilidade de uma vaga para cada área do conhecimento elimina a necessidade de reserva de vagas;

2) o entendimento de que o total de vagas, mesmo sendo uma para cada área do conhecimento, justifica a necessidade de cumprimento da lei e, desta forma, a reserva de vagas é realizada em algumas áreas do conhecimento previamente escolhidas, seja por sorteio ou por definição na elaboração do edital;

3) o entendimento de que a reversa de vagas para negros deve ser feita de forma global, isto é, reserva de vagas sem a definição da área do conhecimento, com a garantia

de nomeação, dentro da reserva, para a área em que houver candidatos aprovados que se autodeclararem negros.

A análise parte, então, da ciência e da aferição das questões que envolvem as diferentes formas de efetivação da reserva de vagas para negros, sob o ponto de vista da instituição que precisa completar o seu quadro de pessoal, os entendimentos existentes para cumprir com o estabelecido na Lei 12.990/2014, fomentar a discussão acerca dos desafios para efetivação do direito dos negros quanto à reserva de vagas nos concursos públicos, em especial, nos concursos públicos para professor do magistério superior das instituições federais de ensino.

3 RESERVA DE VAGAS EM CONCURSO COM UMA VAGA PARA CADA ÁREA DO CONHECIMENTO

O primeiro entendimento a ser analisado, tem sua justificativa na necessidade da universidade em selecionar um professor, isto é, apenas um professor para determinada área do conhecimento. Dessa forma, ao entender que a especificidade da área pretendida não alcança o número de vagas mínimo previsto na Lei 12.990/2014 para assegurar a reserva de vagas aos negros, esta não é realizada para as vagas ofertadas no edital, visto que a previsão é de que a reserva de vagas seja aplicada quando o número de vagas oferecidas for igual ou superior a (3) três.

Em verdade, a justificativa expõe a situação enfrentada atualmente por quem tem a tarefa de selecionar um professor que, além de cumprir todos os requisitos do edital, esteja apto a despertar nos alunos o interesse pelo conhecimento na sua área de atuação.

Nesse contexto, a obrigatoriedade da reserva de vagas para cada uma das áreas específicas disponíveis no edital do concurso com oferta de uma vaga para cada área do conhecimento amplia ainda mais os desafios já encontrados pelas Instituições na seleção de seu quadro de pessoal.



Importante destacar que mesmo sem a previsão da reserva de vagas disponibilizadas no edital, os editais garantem a reserva de vagas a partir do surgimento de mais vagas para as áreas do conhecimento previstas, as Instituições cumprem o disposto na Lei 12.990/2014 quando há possibilidade de nomeação de mais candidatos aprovados. Portanto, o surgimento de novas vagas culmina com a nomeação de candidato negro, através da reserva de vagas, na terceira nomeação efetivada em determinada área do conhecimento.

Constata-se que a efetivação das nomeações pela reserva de vagas, ocorre em raros casos, pois além do surgimento de novas vagas, a instituição deverá ter necessidade em nomear para determinada área do conhecimento com candidatos aprovados que tenham realizado sua inscrição pela reserva de vagas.

Podemos inferir que, nesse caso, não há uma postura de ilegalidade ou de arbitrariedade diante do cumprimento do previsto na lei, mas a constatação que a falta de uniformidade de entendimento é capaz de produzir distorções na aplicação da lei.

A questão foi abordada pela Ação de Declaratória de Constitucionalidade 41, na qual o STF no item 3 exara:

“Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas.”

Considerando que ADC 41/2017 foi decidida e teve seu acórdão com data de 08 de junho de 2017, evidencia-se que as Instituições devem passar por um período de adaptação e adequação em suas normas internas para cumprir a legislação que até então mostrava-se fragilizada pelo debate e controvérsia acerca de sua constitucionalidade.

Ao expor no item 3, *iii*, da ADC 41/2017 que os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida, o STF não deixa dúvidas quanto a

inviabilidade de publicação de edital de concurso público sem a reserva de vagas, mesmo sendo uma vaga para cada área do conhecimento, visto que trata-se do mesmo cargo, ou seja, professor do magistério superior, e, ainda, que a inobservância configura burla a política de ação afirmativa.

4 RESERVA DE VAGAS PARA ÁREAS DO CONHECIMENTO PREVIAMENTE ESCOLHIDAS

Outra forma de entendimento adotada pelas Instituições de Ensino Superior decorre da perspectiva de que a reserva de 20% das vagas deve ser realizada por cargo, isto é, independente da especificidade de cada vaga quanto aos requisitos para a posse, dessa forma, a publicação do edital do concurso para professor do magistério superior é realizada com previsão de reserva aos negros de 20% do total das vagas disponibilizadas, com a especificação da área de conhecimento em que será realizada a reserva.

Para a escolha das áreas que serão reservadas, algumas Instituições adotam sorteio e outras, realizam a escolha da área segundo critérios internos já definidos antes do lançamento do edital.

Ao mesmo tempo em que a instituição garante o cumprimento da lei quanto a reserva aos negros, o faz somente para áreas do conhecimento pré-determinadas no edital, obstaculizando o candidato de usufruir da reserva de vagas, pois exige que o candidato autodeclarado negro seja aprovado na área de conhecimento escolhida para reserva de vagas, o que pode, por vezes, significar uma barreira intransponível para a efetivação do direito.

5 RESERVA DE VAGAS POR EDITAL GLOBAL

Identifica-se que algumas Instituições realizam seus concursos com a reserva de vagas para negros de forma global, isto é, reserva de vagas sem a definição da área do



conhecimento, com a garantia de nomeação, dentro da reserva, para a área em que houver candidatos aprovados que se autodeclararem negros.

A publicação de edital de concurso público para professor do magistério superior com reserva de vagas por edital global garante que no concurso que tiver previsão de 3 (três) vagas, independente da área do conhecimento, uma delas será reservada aos negros. Dessa forma, a área de conhecimento que será reservada, será aquela em que houver sido aprovado candidato negro, e, em caso de aprovação de candidato negro em mais de uma área do conhecimento, a nomeação através da reserva de vaga será para o candidato autodeclarado negro com nota superior.

Relevante salientar que o número reduzido de Instituições de ensino superior que adotam esse entendimento, em torno de 10%, evidencia que há muito a se construir em termos de políticas afirmativas. Outra questão relevante é a resistência na prática do racismo positivo e isso pode derivar da histórica luta contra a discriminação que as Instituições de Ensino travam, visto que, são elas o elo mais forte para atingir a geração que precisa ser orientada e incentivada a combater e repudiar todas as formas de discriminação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A igualdade é um caminho sem ponto de chegada, sua implementação precisa ser defendida constantemente, no percurso, podemos ter a ideia de que a conquistamos, no entanto, devemos ainda assim continuar o esforço para mantê-la. A luta pela igualdade precisa ser incessante para evolução enquanto sociedade, e, os esforços precisam ser capazes de transcender os dispositivos legais e incorporar as práticas administrativas, conforme registra DA SILVA "Enquanto permanecer apenas nos dispositivos legais e não na formação educacional de cada ser humano, a noção de igualdade entre as pessoas servirá, somente, para os discursos."

A proibição da discriminação precisa ser combinada com políticas compensatórias que acelerem a igualdade e proponham estratégias capazes de estimular a inserção de grupos socialmente vulneráveis, é o que ensina Flavia Piovesan:

Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica a violenta exclusão e intolerância à diferença e à diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação (PIOVESAN, 2015, p. 43-55)

Nesse contexto, a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41 ao abordar e esclarecer aspectos polêmicos revelou a dimensão dos desafios até a garantia da efetivação do direito previsto na Lei 12.990/2014.

Observa-se que a Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1966) prevê o Art. I, item 4:

“Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.”

A partir da análise do disposto acima, com a proposta de discutir alternativas para a efetivação do direito à reserva de vagas aos negros, conforme previsto na legislação vigente, conclui-se que as políticas afirmativas justificam a prática de racismo positivo no caso dos concursos públicos e, especialmente nos concursos para professor do magistério superior, em que para efetivar a reserva de vagas será preciso deixar de nomear um candidato branco que obteve o primeiro lugar no concurso pelo simples fato da cor de sua pele, nesse caso, branca.



Cabe aqui lembrar RUY BARBOSA (2003, 19), que a partir da compreensão de igualdade para Aristóteles, afirmou em seu discurso:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. 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 com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.

Ocorre que, ao servidor público da área de gestão de pessoal, responsável pela seleção do quadro de pessoal de cada uma das Instituições de Ensino Superior, cabe o desafio de planejar concursos públicos que atendam ao dispositivo legal e, ainda, definir ações que minimizem a frustração dos servidores que possuem o dever de cumprir o dispositivo legal utilizando-se do racismo positivo para tal. Práticas que deveriam ser exigidas e utilizadas para minimizar atitudes racistas, são no caso analisado, utilizadas para incentivá-las e, talvez por isso, a geração que cresce estimulada a condenar o racismo pode apresentar um grave desconforto ao cometê-lo.

Em âmbito dogmático, é possível compreender o esforço para repor um direito até então negado, diante da trajetória de discriminação e flagelos aos quais os negros foram submetidos em razão da cor da pele. A conclusiva necessidade de reparação, entretanto, no futuro, mostrará se o racismo positivo será a melhor forma de minimizar as referidas desigualdades.

Em razão dos entendimentos adotados pelas Instituições de ensino, conclui-se que, apesar da publicação do edital e a realização do concurso público com a posse de candidato autodeclarado negro, o qual obteve aprovação em 3º lugar em detrimento dos candidatos que obtiveram 1º e 2º lugares, resulta no cumprimento da legislação, sem embargo da eventual insatisfação tanto dos candidatos preteridos quanto dos servidores que trabalham para a realização do certame, em razão do sentimento/sensação discriminatória que a prática do racismo desperta. Entende-se, pelas razões expostas ao longo do trabalho, que essa é a interpretação que precisa ser adotada por todas as

Instituições de ensino, porquanto o estrito cumprimento da legislação é o instrumento apto a superar, com o tempo, o racismo estrutural e institucional subjacente na sociedade brasileira e a colaborar para garantia da igualdade material entre os cidadãos.

REFERÊNCIAS

ADC 41. Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 08-06-2017, DJ 17-08-2017. Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADC+41%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybsl3zwe>

BARBOSA, Ruy. 2003. *Oração aos Moços*. Martin Claret: São Paulo.

BRASIL. Lei 12.288, de 20 de julho de 2010. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm> Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. Lei 12.990, de 09 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm> Acesso em: 17 nov. 2017.

Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1966) <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discriminacao.htm>> . Acesso em: 18 nov. 2017.

DA SILVA, Ricardo Machado. 2016. *Cotas Raciais para Ingresso no Serviço Público: Uma Abordagem Crítica*. Direitos Sociais no Constitucionalismo Contemporâneo: Perspectivas do Direito do Trabalho. Organização de Raimar Rodrigues Machado, Fernanda Marders. Curitiba: Multideia.

PIOVESAN, Flavia. 2005. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr.

.....



O CONTROLE DO TERCEIRO SETOR PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS:

UM ESTUDO COMPARADO DO MODELO DE REGULAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL

.....
Kamilla Michiko Yazawa¹

Theresa Christine de Albuquerque Nóbrega²

1 INTRODUÇÃO

A atuação dos Tribunais de Contas no controle de instituições sem fins lucrativos fomentadas pela Administração Pública é de suma importância na esfera política e econômica. Isto porque o montante de dinheiro público que o governo federal e o estado de Pernambuco transferem através de fomento direto para o terceiro setor ocupa um papel de destaque na execução orçamentária, o que só se justifica se houver a aplicação desses recursos públicos em projetos sociais significativos, para impulsionar a qualidade dos serviços públicos para a população.

O Tribunal de Contas da União é o órgão de controle externo do governo federal. É responsável por assistir o Congresso Nacional acerca da execução orçamentária e financeira do país e contribuir com o aperfeiçoamento da Administração Pública numa perspectiva efetiva, ética, ágil e responsável em benefício da sociedade. Além disso, ele é encarregado da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades públicas do país quanto à legalidade, legitimidade e economicidade.

O Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco é um órgão público com autonomia administrativa e financeira em relação aos Três Poderes (Legislativo, Executivo

¹ Graduanda em Direito na Universidade Católica de Pernambuco. Email: kamillamichiko@gmail.com

² Doutora em Direito UFPE (2009). Mestre em Direito UFPE (2003). Presidente da Subcomissão de Direito do Terceiro Setor da OAB-PE. Email: theresanobrega@hotmail.com



e Judiciário) que tem como competência o exame da legalidade, legitimidade, economicidade e razoabilidade de atos administrativos que suceda em receita, despesa ou renúncia de receita – hipótese em que o ente público deixa de arrecadar os recursos que lhe cabem. A necessidade de sua característica de autonomia surge da obrigação de prestação de auxílio ao Legislativo no que concerne ao controle externo da Administração Pública, fiscalizando a aplicação de todo o dinheiro público do Estado de Pernambuco e seus 184 municípios, além de abranger qualquer ente que tiver sob sua tutela dinheiro ou bens públicos, devendo o mesmo se submeter à prestação de contas ao Tribunal mencionado (ex.: a administração indireta, composta de fundações, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, além de entidades públicas com a administração descentralizada).

De acordo com os arts. 71 e 75 da Constituição Federal de 1988, tanto o Tribunal de Contas da União quanto os Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, são competentes para o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público. Logo, as entidades de assistência social se enquadram como conjunto de instituições submetidas à fiscalização dos Tribunais de Contas, pelo recebimento de fomentos direto (recebimento de dinheiro dos convênios) e indireto (concessão no que diz respeito à cota patronal do INSS e do FGTS) do poder público, desde que haja comprometimento na promoção de uma determinada política pública (na área da saúde, da educação ou da assistência social).

No âmbito federal, o surgimento do Certificado de Entidades Beneficentes de Assistência Social, conhecido pela sigla CEBAS (Certificado de Entidades Beneficentes de Assistência Social, previsto na Lei nº 12.101 de 27 de novembro de 2009 e no Decreto nº 8.242, de 23 de maio de 2014), foi decorrente da transformação do título de fins filantrópicos. Com o advento da lei nº 91, de 1935, surge um título honorífico para entidades que serviam a sociedade sem nenhum tipo de fomento: a Declaração de



Utilidade Pública. Com o decorrer do tempo, apesar da lei dispor que o Estado não poderia oferecer favores legais através do título, algumas leis e atos administrativos passaram a exigir a Declaração de Utilidade Pública para o recebimento de fomentos, como a isenção da cota patronal ao INSS, por exemplo (FERRAREZI, 2001, p.4). Apenas em 1959, houve a atribuição de fomento às ONGs com a declaração de utilidade pública. Em 1973 é oficialmente introduzido o título de fins filantrópicos e com o advento da lei nº 8.742 de 7 de dezembro de 1993, houve disposição em lei do tipo de fomento que as ONGs com fins filantrópicos seriam beneficiadas, sendo definida a incidência do fomento indireto, com a concessão do poder público, em que há isenção da cota patronal do INSS e do FGTS. O título de fins filantrópicos sofreu alteração pela lei 12.101 de 17 de novembro de 2009, que transformou a entidade de fins filantrópicos em CEBAS, título jurídico atribuído às ONGs com intuito de promover o interesse público.³

Não é necessário um título ou certificação específica para as entidades e organizações que atuam na assistência social no Brasil, pois as qualificações de Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público são facultadas às entidades do Terceiro Setor e o Poder Público continuou pactuando por meio de convênios⁴ nas parcerias sociais, mesmo dispondo do contrato de gestão e do

³ Essa transformação foi consequência da reforma gerencial brasileira, promovida pelo MARE em 1995 (Ministério da Administração Federal e *Reforma do Estado*), que surgiu para superar a Reforma Burocrática de 1936, que mantinha o Estado a leis e regulamentos restritos, impedindo que o melhor interesse da Administração Pública fosse resguardado. Suas mudanças incluíam a implementação de valores gerenciais sobre os burocráticos, a descentralização da estrutura organizacional do aparelho do Estado com o surgimento das agências executivas, regulatórias, e as organizações sociais, além do incremento de novas formas de responsabilização dos gestores. É importante salientar que, apesar da reforma ter ocorrido em 1995, ainda há a busca pela concretização efetiva de todos os seus objetivos na contemporaneidade. O Estado continua buscando mais eficiência (menores custos, maior qualidade), devido a uma maior autonomia lhe conferida, tendo ainda atribuído penalidade aos seus subordinados em caso de atos de gestão de repercussão negativa na máquina pública, buscando agir de maneira mais responsável frente aos cidadãos (maior controle social através da transparência dos atos da Administração Pública). Por isso, na relação do Estado com o Terceiro Setor, para fins de parceria, é necessário o cumprimento de requisitos de sua respectiva qualificação.

⁴ A 13.019/2014 modificou o alcance do convênio, atuação sem finalidade lucrativa para o alcance de um interesse coletivo, que antes poderia ser realizado entre entidades públicas e OSCIP, assim como apenas



termo de parceria. Em Pernambuco, o Conselho Estadual de Assistência Social de Pernambuco – CEAS/PE – atua na inscrição e fiscalização das organizações da sociedade civil nesse segmento.

Contudo, é possível perceber as vantagens de obter o título de CEBAS, as entidades passaram a figurar um relacionamento colaborativo com o Estado, promovendo atividades associadas à sua atuação. Uma entidade com CEBAS é pessoa jurídica sem fins lucrativos que cumpriram os requisitos previstos na lei 12.101/2009,⁵ atuando em uma das áreas de prestação de serviço definidos legislativamente: educação, assistência social ou saúde. Diante disso, o fomento que antes era apenas indireto (renúncias tributárias e previdenciárias que deixam de ser depositadas em favor do INSS) com o título de CEBAS, as entidades passaram a receber repasses diretos do orçamento federal e têm prioridade na celebração de convênios com o Poder Público. É importante ressaltar que os recursos públicos repassados para as instituições têm aumentado, indicando a necessidade de um

entre entidades públicas. A partir de janeiro de 2016, os convênios passaram a figurar como parcerias que só podem ser desenvolvidas entre entes da Administração Pública direta.

⁵ Para o enquadramento do título em cada uma dessas áreas, há parâmetros específicos que devem ser cumpridos por indicação dos ministérios que conferem o título em cada área de atuação. No âmbito do Ministério da Saúde, para ser considerada beneficente e fazer jus à certificação, a entidade de saúde deverá, nos termos do regulamento, celebrar contrato, convênio ou instrumento congêneros com o gestor do SUS; ofertar a prestação de seus serviços ao SUS no percentual mínimo de 60% (sessenta por cento); comprovar, anualmente, da forma regulamentada pelo Ministério da Saúde, a prestação dos serviços, com base nas internações e nos atendimentos ambulatoriais realizados (Art. 4º da lei 12.101/2009). Já na esfera do Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome a certificação ou sua renovação será concedida à entidade de assistência social que presta serviços ou realiza ações socioassistenciais, de forma gratuita, continuada e planejada, para os usuários e para quem deles necessitar, sem discriminação, desde que a entidade esteja inscrita no respectivo Conselho Municipal de Assistência Social ou no Conselho de Assistência Social do Distrito Federal e integre o cadastro nacional de entidades e organizações de assistência social. Não obstante, a comprovação do vínculo da entidade de assistência social à rede socioassistencial privada no âmbito do SUAS (Sistema Único de Assistência Social) é condição suficiente para a concessão da certificação, no prazo e na forma a serem definidos em regulamento (Arts. 18 ao 20 da lei 12.101/2009). No que tange ao Ministério da Educação, para fins de concessão ou renovação da certificação, a entidade de educação que atua nas diferentes etapas e modalidades da educação básica, regular e presencial, deverá demonstrar sua adequação às diretrizes e metas estabelecidas no Plano Nacional de Educação (PNE); atender a padrões mínimos de qualidade, aferidos pelos processos de avaliação conduzidos pelo Ministério da Educação e conceder anualmente bolsas de estudo na proporção de 1 (uma) bolsa de estudo integral para cada 5 (cinco) alunos pagantes (Art. 13 da lei 12.101/2009).



controle mais expressivo dessas entidades tendo em vista verificar se o cumprimento deste trabalho está dentro das diretrizes do convênio.

Cabe salientar que as entidades com CEBAS demonstram por meio de um relatório de atividades como desempenharam suas atividades anualmente, conforme cronograma definido pelo Ministério supervisor. Por meio do relatório, a entidade elucida as atividades realizadas no exercício fiscal anterior, discorrendo sobre o público alvo atendido e a aplicação dos seus recursos, comparando-os com a previsão do Plano de Atendimento. Caso não haja conformidade com o Plano de Atendimento acordado no momento de sua certificação ou divergências justificadas, não há cumprimento de um dos requisitos de renovação do certificado.

O Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, no que diz respeito a essas parcerias no setor de assistência social demonstra a listagem das entidades que são favorecidas com seus respectivos valores através do relatório de contas do governador, contudo, é importante frisar a superficialidade da listagem dos repasses, visto que não há detalhamento de como as entidades aplicaram esses repasses. Essa postura implica num controle necessário a ser realizado pela sociedade civil, visto que é de grande relevância a transparência de contas devido ao montante repassado numa perspectiva de obste da evasão de dinheiro público. Outrossim, as organizações da Sociedade Civil com qualificações de OS, OSCIP e CEBAS recebem recursos públicos que estão fora da listagem demonstrada pelo Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, dificultando a verificação de dados integrados que determinem, no todo, o custo e as políticas concretizadas na Assistência Social.

É importante mencionar que o Tribunal de Contas da União elabora esporádicos acórdãos de relatórios de auditoria das entidades com CEBAS (o último foi disponibilizado em seu endereço eletrônico no ano de 2015), indicados no endereço eletrônico do Tribunal de Contas da União. Através dessas auditorias, o TCU estabelece diretrizes fiscalizatórias para a atuação dos Ministério da Educação, Ministério da Saúde e Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário com base na atuação dos mesmos às entidades com



CEBAS e também dispõe de orientações procedimentais acerca de pedidos de concessão e renovação do certificado.

Outro problema relativo ao controle é o déficit de acesso à informação (Lei nº 12.527/2011), pois há respostas muito evasivas, na maioria dos questionamentos. Ademais, seria muito mais eficiente se os dados já fossem disponibilizados nos portais da transparência, visto que é um direito como cidadão ter ciência de como o dinheiro público tem sido aplicado.

Por não necessitar de titulação específica de assistência social, é possível que uma OS ou OSCIP receba repasses da dotação orçamentária estadual por atuarem na condução de produção de projetos específicos, definidos em Contratos de gestão e termos de parceria. A normatização estadual em termos de repasses de recursos estaduais para realização de termos de parceria no caso de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (**Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999**) e contratos de gestão com Organizações Sociais (Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998) estão relacionados ao preenchimento de requisitos de suas respectivas leis. Pode haver cumulação de uma qualificação e do CEBAS (para o recebimento de repasses federais) e o recebimento de repasses estaduais por figurar como OS ou OSCIP. As fiscalizações dos convênios estaduais são realizadas pela Agência Reguladora de Pernambuco – ARPE, a Controladoria Geral do Estado, a Secretaria, órgão ou entidade que participou do repasse, além da atuação do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco.

As entidades sem fins lucrativos que atuam no âmbito da assistência social integram o Sistema Único de Assistência Social – SUAS –, sistema público participativo, descentralizado e de caráter não contributivo, que busca resguardar o campo social do país através de uma gestão eficiente de assistência social. Surgindo em 2005, esse sistema alterou sobretudo o modelo de gestão e a forma de financiamento da assistência social, alterando o pacto federativo entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Para ser considerada uma entidade ou organização de assistência social, a entidade deve ser fins lucrativos – não sendo permitido cobrar de seus usuários pelos seus serviços,



benefícios, programas e projetos ofertados – e atuar na melhoria dos serviços socioassistenciais. A entidade também deve ter um fim permanente, em que atua continuamente no âmbito social, pois se este requisito não for cumprido, sua política não poderá ser classificada como de Assistência Social (Art. 3º, § 1º, § 2º e § 3º–da Lei Orgânica da Assistência Social – lei 8.742/1993).

2 METODOLOGIA

A pesquisa foi desenvolvida através de revisão bibliográfica sobre o Terceiro Setor, o Tribunal de Contas e o controle da Administração Pública. Na análise do controle realizado pelo Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco e Tribunal de Contas da União, o método dedutivo foi utilizado através de pesquisa qualitativa e comparativa.

Através do Serviço de Informação ao Cidadão (SIC), os Ministérios da Educação, da Saúde e do Desenvolvimento Social e Agrário foram questionados acerca de seus percentuais de concessão/renovação de CEBAS e de cancelamento do certificado decorrente de julgamentos de processos administrativos.

Ao Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco foram remetidas indagações no que se refere à sua atuação em relação às entidades do Terceiro Setor e à existência de parceria com o Tribunal de Contas da União na fiscalização de entidades que recebem recursos federais. Também foi requerido a disponibilização do relatório de contas do governo de Pernambuco dos últimos 5 anos em relação aos repasses ao Terceiro Setor.

Através da ouvidoria do Tribunal de Contas da União, foi relatado que o mesmo só detém de informações relativas ao Terceiro Setor quando este realiza auditorias específicas sobre as entidades. Sendo assim, o Tribunal de Contas da União foi questionado em relação as auditorias das entidades com CEBAS realizadas por ele no que diz respeito à quantidade de auditorias realizadas desde 2011, os seus objetivos e se houve o cumprimento de suas deliberações.



Ao Ministério Público de Pernambuco houve o questionamento sobre o percentual de cancelamento da vinculação de entidades ao SUAS por processos administrativos, nos últimos 5 anos, considerando que o encargo de fiscalizar a utilização de dinheiro público direcionada às entidades de assistência social do estado de Pernambuco o pertence. Contudo, sua ouvidoria se negou a apresentar respostas.

Posteriormente, foram analisadas as atribuições do Tribunal de Contas da União e o do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco de acordo com o estabelecido pela Constituição Federal de 1988. Nessa fase, foi possível demonstrar que a fiscalização das CEBAS é atribuição dos dois Tribunais de Contas analisados.

Também foi pesquisado o volume de repasses dos recursos federais às instituições sem fins lucrativos, num recorte temporal de cinco anos, como também foi verificado o direcionamento das despesas primárias do governo federal aos Ministérios da Saúde, do Desenvolvimento Social e Agrário e da Educação neste mesmo tempo.

3 RESULTADOS

3.1 DESPESAS NO ÂMBITO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

Ano	Despesas totais (em milhões)	Repasse realizados pelo Fundo Estadual de Assistência Social – FEAS – (em milhões)
2010	R\$ 35,61 (correspondente a 0,19% do total da despesa orçamentária do Estado - R\$ 19,39 bilhões)	R\$34,17
2011	R\$ 57,00 (correspondente a 0,26% do total da despesa orçamentária do Estado – R\$: 21.51bilhões)	*
2012	R\$ 47,22 (correspondente a 0,19% do total da despesa orçamentária do Estado – R\$: 24,46 bilhões)	*
2013	R\$ 53,33 (correspondente a 0,20% do total da despesa orçamentária do Estado - R\$ 27,13 bilhões)	*
2014	R\$86,02(correspondente a 0,29% do total da despesa orçamentária do Estado - R\$ 29.663.840.763,45)	*

Fonte: Portal do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco – Relatório de Contas do Governador

A partir do relatório de contas do governo do Estado de Pernambuco de 2011, não houve demonstração do abatimento entre as despesas totais e os repasses realizados pelo



FEAS para programas e ações de assistência social, o que demonstra um vazio na transparência de contas.

A diferença entre despesas totais e repasses realizados pelo FEAS para programas e ações assistenciais é executada através de entidades gestoras, as quais respondem em nome do Estado (ex.: encargos gerais, Secretaria do Desenvolvimento Social e Direitos Humanos), sendo demonstrada em cada relatório de contas do Governo de Pernambuco prestados anualmente. Contudo, o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco informou que o relatório de contas do governo só pode ser disponibilizado após o seu julgamento pelo Tribunal, por isso o acesso foi limitado ao exercício de 2014.

3.2 REPASSES DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Ano	Organizações Sociais (em R\$ milhões)	Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (em R\$ milhões)
2010	R\$300,98 (sendo R\$ 219,96 repassados às Organizações Sociais da área de saúde correspondente a 73,08% do total dos repasses financeiros)	R\$ 1,71
2011	R\$379,25 (sendo R\$299,92 repassados às Organizações Sociais da área de saúde correspondente a 79,08 % do total dos repasses financeiros)	R\$ 2,74
2012	R\$456,35 (sendo R\$390,97 repassados às Organizações Sociais da área de saúde correspondente a 86% do total dos repasses financeiros)	R\$ 21,28
2013	R\$605,95 (sendo R\$482,50 repassados às Organizações Sociais da área de saúde correspondente a 80% do total dos repasses financeiros)	R\$25,96
2014	R\$840,54 (sendo R\$709,22 repassados às Organizações Sociais da área de saúde correspondente a 84% do total dos repasses financeiros)	R\$24,13

Fonte: Portal do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco – Relatório de Contas do Governador

Analisando o Relatório de Contas do Governador divulgado no Portal do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, é possível constatar que o título jurídico que propicia maiores repasses ao Terceiro Setor é a Organização Social da área de saúde.



3.3 TOTAL DESTINADO PELO GOVERNO FEDERAL EM ÂMBITO NACIONAL

Ano:	Transferência de Recursos:	Total de recursos destinados pelo Governo Federal em âmbito nacional às Entidades sem fins lucrativos:	Porcentagem dos recursos destinados às entidades sem fins lucrativos em relação a todos os recursos transferidos pelo governo Federal (valores aproximados):
2012	R\$ 299.878.708.104,98	R\$ 7.187.439.254,42	2,40%
2013	R\$ 300.885.547.120,27	R\$ 9.582.561.317,49	3,18%
2014	R\$ 332.672.681.739,68	R\$10.539.464.686,46	3,17%
2015	R\$ 305.106.602.813,49	R\$ 7.214.664.475,86	2,36%
2016	R\$ 272.085.820.696,00	R\$ 5.419.291.621,43	1,99%

Fonte: Portal da Transparência nos Recursos Públicos Federais

As entidades sem fins lucrativos têm recebido em média 2,62% do orçamento do Governo Federal, nos últimos cinco anos, destinado a transferências de recurso. Isso equivale a aproximadamente R\$ 7.988.684.200,00 ao ano, com base nos valores disponíveis no Portal de Transparência nos Recursos Públicos Federais. Levando em conta as porcentagens destinadas às entidades sem fins lucrativos, de 2012 a 2013 houve aumento de repasses a estas, contudo, nos anos seguintes houve decréscimo devido ao agravamento da crise econômica brasileira.

3.4 DESPESAS PRIMÁRIAS DO GOVERNO CENTRAL

Ano	Ministério da Saúde (Despesas em R\$ milhões)	Ministério do Desenvolvimento Social (Despesas em R\$ milhões)	Ministério da Educação (Despesas em R\$ milhões)
2012	R\$ 65.924,5	R\$ 23.924,4	R\$ 25.230,0
2013	R\$ 74.277,8	R\$ 27.981,6	R\$ 31.347,4
2014	R\$ 84.556,3	R\$ 31.244,2	R\$ 36.392,9
2015	R\$ 85.650,8	R\$ 30.387,9	R\$ 32.643,2
2016	R\$ 92.986,9	R\$ 30.726,5	R\$ 31.235,9

Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional – STN – Ministério da Fazenda

A área da saúde é a que mais vem recebendo dinheiro público em comparação às áreas de desenvolvimento social e da educação, devido ao estado crítico em que a saúde



pública se encontra. Assim, o repasse para as entidades beneficentes dessa esfera tem sido mais favorecido ao longo dos 5 anos analisados.

De acordo com as respostas fornecidas pelo Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão – e-Sic:

- O Ministério da Saúde, nos últimos 5 anos, atingiu um percentual de concessão/renovação de CEBAS de 73,71%, teve como índice de certificados não renovados/concedidos 26,40% e uma taxa de 11,4% em relação ao percentual de cancelamento do certificado decorrente de julgamentos de processos administrativos.
- O Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário teve um percentual de 55,47% de renovações de certificados nos últimos 5 anos. De 2012 até abril de 2017 foram abertos 49 processos de supervisão com vistas a verificar a manutenção dos requisitos para se obter o CEBAS por parte dessas entidades. Desses 49 processos, 3 foram julgados no sentido de manter a decisão de renovação do CEBAS e os demais encontram-se em análise.
- O Ministério da Educação, no período 2012 a 2016, considerando apenas os atos publicados (deferimentos e indeferimentos), teve 523 processos de renovação deferidos de um total de 1227 decisões, o equivalente a 42,62%, sendo indeferidos 704 processos, o equivalente a 57,38%. No que se diz respeito aos julgamentos de processos administrativos, no período de 2012 a 2016, foram instaurados 106 procedimentos de supervisão, tendo sido procedentes 21 processos e 29 improcedentes (os demais se encontram em análise).

Durante a pesquisa, o Tribunal de Contas da União foi indagado em relação as auditorias das entidades com CEBAS realizadas por ele no que diz respeito à quantidade realizada desde 2011, os seus objetivos e as suas deliberações. Abaixo, pode-se observar a transcrição da resposta produzida pelo titular da diretoria da SecexPrevidência que cuida da área de assistência social:

O TCU, desde 2011, realizou duas auditorias - uma de caráter operacional e outra de conformidade - sobre os procedimentos de emissão e renovação do Certificado de Entidades Beneficentes de Assistência Social (Cebas). A auditoria operacional foi realizada pela antiga 4ª Secex, que detinha as clientelas da Assistência Social e da Saúde, razão pela qual a auditoria tratou de ambos os temas. Os monitoramentos,



por serem já no âmbito da SecexPrevidência, secretaria que foi criada em 2013, englobaram apenas o setor de assistência social, dada a clientela mais restrita da SecexPrevidência, que não possui mais ingerência sobre o setor de saúde. A auditoria de conformidade não foi ainda monitorada. Os monitoramentos tiveram como objetivo principal averiguar a evolução do backlog (estoque) de processos que vinham se acumulando ao longo dos anos. Os monitoramentos detectaram a contratação, por parte dos gestores, de consultoria com a finalidade de propor uma racionalização dos processos com a finalidade de agilizar e reduzir a quantidade de processos de concessão/renovação do Cebas. O procedimento adotado foi exitoso, no sentido que o backlog diminuiu drasticamente, sendo os processos atualmente analisados de forma rápida sem a ocorrência de novos aumentos de estoque.

A sanção aplicada para as entidades com CEBAS que não cumprem os requisitos legais da certificação é o cancelamento CEBAS, independente do Ministério ao qual se vinculam, conforme art. 25 a 28 da Lei 12101/2009 c/c o § 1º do art.16 do Decreto 8242/2014.

A Lei Orgânica de Assistência Social (Lei 8.742/93) dispõe que, apesar da descentralização político-administrativa do SUAS, no intuito de se evadir de desordens à nível de ações nas esferas federal, estadual e municipal, compreende-se que deve haver uma única esfera competente para apuração de desvio ou malversação de dinheiro público. Destarte, segundo jurisprudência dos Tribunais Superiores, até mesmo as verbas decorrentes de cofinanciamento federal do Sistema único de Assistência Social – SUAS – passam a integrar o patrimônio dos Estados e Municípios que se beneficiam, passando assim a ser de competência estadual o levantamento de ilicitudes no tocante a esses recursos, como a malversação ou o desvio desse dinheiro público. Assim, o entendimento é que o encargo de fiscalizar a utilização desse dinheiro público direcionada às entidades de assistência social pertence ao Ministério Público Estadual (MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO DE JANEIRO, 2014, p.68).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo sobre o controle do Terceiro Setor pelos Tribunais de Contas foi fundamental para a observação dos parâmetros de regulação das entidades de assistência



social, pois através da pesquisa foi possível observar os órgãos de controle paralelos aos Tribunais de Contas, realizando atividade de suplementação do controle das instituições, objeto da pesquisa.

No que diz respeito, especificamente aos controles dos Tribunais de Contas (TCE-PE e TCU), é possível concluir que de acordo com os arts. 71 e 75 da Constituição Federal de 1988, as atribuições para o julgamento de contas da Administração Direta e Indireta são tanto do Tribunal de Contas da União quanto dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal. Logo, a fiscalização dos convênios/certificações estaduais ou federais é de competência de todos os Tribunais, no intuito de resguardar o erário público. No caso prático, entretanto, as informações trocadas entre os Tribunais de Contas do Estado de Pernambuco e da União são limitadas a um convênio, que se resume a uma simples comunicação acerca dos recursos financeiros, estaduais ou federais, de interesse dos respectivos Tribunais.

Além das competências dos Tribunais, estabelecida pela Carta Magna, no que se refere aos convênios estaduais que incidem na área de assistência social, as fiscalizações também são realizadas pela Agência Reguladora de Pernambuco – ARPE, a Controladoria Geral do Estado e a Secretaria, órgão ou entidade que participou do repasses. Cabe ressaltar que os Tribunais Superiores têm o entendimento de que verbas decorrentes de cofinanciamento federal do Sistema único de Assistência Social – SUAS – passam a integrar o patrimônio dos Estados e Municípios que se beneficiam, sendo de seus respectivos Ministérios Públicos Estaduais a competência para verificar ilicitudes no tocante a esses recursos.

No âmbito federal, além da competência dos Tribunais, cabe ao Ministério supervisor da área em que a entidade com Certificado Beneficente de Assistência Social atua (educação, saúde ou assistência social) fiscalizar suas entidades para concessão ou renovação de seu certificado (caput do art. 15., do Decreto nº 8.242/2014), instrumento essencial para o recebimento de repasses. O art. 25 desse mesmo decreto também define que devem haver auditorias anuais com demonstrações contábeis e financeiras



submetidas a parecer conclusivo de auditoria independente, realizada por instituição credenciada perante o Conselho Regional de Contabilidade. Pode-se acompanhar os acórdãos dos relatórios de auditoria⁶ dessas entidades através do endereço eletrônico do Tribunal de Contas da União.

Ademais, foi constatado que não é necessária uma qualificação específica para o Estado de Pernambuco repassar recursos para uma entidade que atue na área de assistência social. Contudo, no que concerne aos repasses federais, o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social é necessário.

Outro ponto que merece destaque é que o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco não divulga todo o custo com a Assistência Social, visto que os repasses federais que essas entidades recebem não estão inclusos nos relatórios de contas do governo estadual disponibilizados pelo TCE-PE, dificultando a verificação de dados integrados desse segmento. Inclusive, a transparência dos dados públicos é questionável, pois muitos deles não são publicados nos portais da transparência e quando há requerimento de informações, as respostas recebidas apresentam informações evasivas. Assim, a não disponibilização de dados públicos atualizados torna o controle da Administração Pública frágil, instrumento de importância reafirmada com o surgimento do novo Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (Lei 13.019/2014).

O julgamento de processos administrativos das entidades com CEBAS perduram por muito tempo, o que acarreta em dispêndio de dinheiro público num grande lapso temporal por parte de entidades que cometem irregularidades ou ilicitudes, mas que demoram para serem julgadas e sancionadas. O Ministério da Educação foi o ministério que teve o índice de indeferimento de renovação mais alto no período de 2012 a 2016 (57,38%) e o que tem julgado os processos administrativos com mais rapidez.

⁶As auditorias de entidades com CEBAS não são realizadas regularmente. Desde 2011, só foram realizadas duas auditorias pelo Tribunal de Contas da União: uma operacional e outra de conformidade. Assim, há morosidade na elaboração de novas diretrizes fiscalizatórias e procedimentais ao Ministério da Educação, Ministério da Saúde e Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário.



Assim, pôde-se constatar que a competência para fiscalizar entidades de assistência social de vários órgãos coloca a Administração Pública numa situação delicada, em que um órgão transfere o encargo para o outro, resultando numa postura de controle fragilizada.

REFERÊNCIAS

FERRAREZI, Elisabete. O Novo Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil. **Revista delClad Reforma y Democracia**, Venezuela, n. 20, p.1-24, jun. 2001. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/martinelli.tiago/OSCIP.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2016.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Cartilha do Certificado Beneficente de Assistência Social**. Disponível em: <http://cebas.mec.gov.br/images/pdf/cartilha_cebas_versao_11022015.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2016

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Tomada de Contas Especial**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/avaliacao-da-gestao-dos-administradores/tomadas-de-contas-especiais>>. Acesso em: 01 dez. 2016.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME. **PASSOS PARA A CERTIFICAÇÃO CEBAS ASSISTÊNCIA SOCIAL**. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/entidades-de-assistencia-social/certificacao-de-entidades-beneficentes-de-assistencia-social/cartilhas_ceba_final2.pdf.pagespeed.ce.UZC7PEAUP8.pdf>. Acesso em: 07 set.. 2016

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME. **CERTIFICAÇÃO DE ENTIDADES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL**. Disponível em: <<http://mds.gov.br/assuntos/assistencia-social/entidade-de-assistencia-social/certificacao-de-entidades-de-assistencia-social>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **O Ministério Público na Fiscalização do Sistema Único de Assistência Social: Cartilha de Orientação**, Rio de Janeiro, 2014, p. 68 Disponível em: <[http://www.mprj.mp.br/documents/20184/25421/cartilha suas v logo.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/25421/cartilha_suas_v_logo.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA NOS RECURSOS PÚBLICOS FEDERAIS. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/>>. Acesso em: 07 jan. 2017.

SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL, CRIANÇA E JUVENTUDE. **Conselho Estadual de Assistência Social de Pernambuco**. Disponível em: <<http://www.sdscj.pe.gov.br/web/sedsdh/ceas>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

SECRETARIA DO TESOIRO NACIONAL – STN – **Ministério da Fazenda**. Disponível em:



<<https://www.tesouro.fazenda.gov.br/resultado-do-tesouro-nacional>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

SECRETARIA GERAL DE ADMINISTRAÇÃO. **Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.** Disponível em:

<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/normativos/sobre_normativos/regimento.pdf>. Acesso em: 08 set, 2016.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Arquivo Relatório Trimestral 2014 do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – 1ª trimestre.** Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/1/2666593.PDF>>. Acesso em: 12 out. 2016.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Orientações para Conselhos da Área de Assistência Social.** MATRIZ DE FISCALIZAÇÃO 3 - Fiscalização de Entidade ou Organização de Assistência Social. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Externo da Previdência, do Trabalho e da Assistência Social, 3ª ed., p. 1-278, 2013, p. 134-135. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC80D75329&inline=1>>. Acesso em 30 ago. 2017

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE PERNAMBUCO. **Apresentação.** Disponível em: <<http://www.tce.pe.gov.br/internet/index.php/apresentacao>>. Acesso em: 01 dez. 2016.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE PERNAMBUCO. **Relatório de Contas do governo.** Disponível em: <<http://www.tce.pe.gov.br/internet/index.php/relatorio-de-contas-do-governo>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

.....



O ESTADO NEOLIBERAL E SUA ADOÇÃO PELO BRASIL POR MEIO DAS REFORMAS DESCONSTITUENTES DE DIREITOS SOCIAIS

Adryel Dreyfuss Fonêca de Freitas¹
Maria Lúcia Barbosa²

1 INTRODUÇÃO

A atual conjuntura política nacional está apta à implementação assídua de novas políticas neoliberais. O novo modelo de governo dirige o país na contramão do que fora proposto décadas atrás pela Assembleia Constituinte de 1988, ou seja, a implantação do Estado Social no Brasil está, hoje, ainda mais distante de ser realizada. O congelamento de gastos públicos com saúde e educação, assim como as reformas trabalhista e previdenciária representam parte de um pacote de medidas neoliberais sequencialmente votadas e aprovadas no congresso nacional, ocasionando alterações constitucionais e a fragilização dos direitos sociais.

Dentro desse contexto, surgem inquietações quanto ao que representam essas novas mudanças. Certamente, houve um processo histórico, jurídico e filosófico que gerou o Estado Liberal, posteriormente o Estado Social e, agora, as políticas neoliberais. Ademais, o modo qual estão relacionadas essas formas de organização estatal e os seus reflexos na sociedade residem na seara do direito público e precisam ser analisadas neste período de mudanças no país.

O objetivo desse trabalho, portanto, é tecer uma teia de relações e explicações quanto à formação dos Estados Liberal e Social a fim de demonstrar como se deu o contato de cada um com a sociedade, à luz de Paulo Bonavides (2007), e posteriormente

¹ Graduando em Direito

² Professora Doutora



abordar o advento do neoliberalismo, averiguar o que ele representa e quais suas principais consequências na contemporaneidade.

2 O PAPEL DO ESTADO NO LIBERALISMO

É baseado na negação do Estado e na proteção das liberdades individuais que se estrutura o pensamento Liberal Burguês do século XVIII, onde este disseminou-se e ganhou espaço na história a partir da Revolução de 1789, na França.

O pensamento liberal, formata a lógica da individualidade, a necessidade da proteção e respeito à vida privada e, de início, trava um embate contra o absolutismo-monárquico, único modelo de Estado conhecido durante os anos do seu surgimento, e traz carregado da sua ideologia uma nova forma de Estado. Visto que, como fala Paulo Bonavides,

Na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como maior inimigo da sociedade (2007: p. 40).

Todavia, é inevitável o questionamento: por que essa repulsa burguesa pelo Estado Monárquico? Objetiva-se que se tratou de um conflito entre interesses de classes. O primeiro modelo é inflado de poder e condiciona o homem à servidão ao Estado a fim de sustentar a nobreza latifundiária, impedindo ou restringindo, assim, o amplo desenvolvimento econômico, social e político dos demais. Portanto, foi necessário para a burguesia criar um modelo que rompesse com o anterior e que coubesse na sua estrutura os seus anseios enquanto classe. Então, apoiado no jusnaturalismo surgiu o modelo burguês de organização estatal, o Estado Liberal, tendo o individualismo e o desejo por segurança jurídica em sua gênese e invertendo os papéis na relação entre indivíduo e Estado, nas palavras de Bonavides, "fazendo do Estado o acanhado servo do indivíduo" (2007 p. 40).



Posto isso, as teorias de cunho liberal moldam o Estado não mais como dono do homem, molda-o como instituição surgida mediante um consenso realizado entre as pessoas. As ideias do contrato-social perpetuadas por pensadores como John Locke e Jean-Jacques Rousseau são as responsáveis pela consolidação do pensamento que dispôs sobre o Estado enquanto “consequência da vontade dos indivíduos que o compõe” (BONAVIDES, 2007, p. 41). A partir daí o poder estatal tem a função apenas de garantir as liberdades individuais, sendo mínima a sua intervenção na sociedade. Desse modo, fica livre o espaço antes limitado para a ascensão da classe burguesa que se dissocia da condição de dominada e se institui dominante, em uma nova configuração social. E dentro desse enredo figura a democracia que não cumprira um papel de ferramenta empoderadora do povo, mas de instrumento próprio da classe que a instituiu, certamente, “a burguesia enunciava e defendia o princípio da representação. Mas representação, a meio caminho, embaraçada por estorvos, privilégios, discriminações” (BONAVIDES, 2007, p. 43).

Formado, o Estado Liberal torna-se o novo modelo predominante de organização estatal em toda Europa de modo que havendo ou não a destituição completa das monarquias nos países - ao exemplo da Inglaterra que mesmo com a ascensão do parlamento ao poder não findou por completo o espaço da tradição monarca - o constitucionalismo liberal predominava. O Estado Monárquico perdeu forças e sucumbiu ao seu sucessor. Assim, durante todo um século figuraram pomposamente ao redor do mundo, em decorrência do constitucionalismo europeu, as constituições liberais edificadoras de um estado abstencionista que, em síntese, apenas garantia segurança jurídica para a nova classe dominante na lógica econômico-social que desempenhava seus interesses de posse da propriedade e acúmulo de capital.

Os filósofos do liberalismo, com ênfase em John Locke, foram os responsáveis por criar a base dogmática que viabilizou o desenvolvimento dessa estrutura jurídica que maquinava em favor dos homens livres e proprietários:

Desses direitos, o mais típico era o direito de propriedade, que se apresenta no contratualismolockiano por direito anterior e superior a toda criação jurídica do



Homem, depois da passagem do Estado de Natureza ao Estado de Sociedade (BONAVIDES, 2007, p. 168).

3 APONTES SOBRE AS CONTRIBUIÇÕES DE JEAN-JACQUES ROUSSEAU E KARL MARX NA FORMAÇÃO DO ESTADO

Durante o século XVIII, o filósofo contratualista Jean-Jacques Rousseau divergiu, dentro do universo liberal, de outros autores da liberdade contrapondo-se à premissa da necessidade de exponencial repressão do poder estatal em face da proteção da individualidade e das liberdades. Rousseau não concebe o poder como posse do fantasmagórico Estado atemorizador do homem. A concepção rousseuniana aponta para o poder enquanto tutela do povo, material formador do Estado. Bonavides explica que: "O esforço da doutrina rousseuniana vai consistir precisamente nisto: na integração da liberdade como poder. Está, a essência do seu contratualismo. A consequência de tal esforço redundará, por sua vez, na democracia" (2007, p. 169).

É dentro do próprio liberalismo que se apronta a tímida base para a construção de uma nova teoria que contraria assiduamente o constitucionalismo e os moldes liberais por completo. A obra de Rousseau rompe com a democracia liberal, que apadrinhava o capitalismo, pois a defesa da planificação do poder político produz uma semente para a viabilidade de um futuro contraponto ao liberalismo capitalista. A formação das organizações políticas dos trabalhadores encontraria maior dificuldade para ocorrer, se não houvesse esta justificativa democrática. Portanto, dentro da seara dos pensadores liberais já se firmava solo por onde começaram a caminhar ideias de posicionamentos mais inflamados contra o sistema do capital.

Isso não quer dizer, entretanto, que Rousseau tenha sido totalmente complacente com a sociedade liberal. Esse também realizou críticas ao sistema do qual fora teórico. Bonavides, após citar o celebre trecho " O Homem nasceu livre e por toda parte se acha escravizado", da obra O Contrato Social de Rousseau, interpreta a assertiva com o seguinte questionamento: "Quem não percebe, ali, o manifesto de uma revolta, o programa de uma



subversão, o grito de uma dor? ” (BONAVIDES, 2007, p. 169). Entretanto, não há em Rousseau aparente desejo de produzir efeito destrutivo no posto regime, diferentemente de Karl Marx, que emergiu como grande teórico posteriormente.

Durante o século XIX Marx desenvolve uma soma elaborada de pensamentos que construíram a crítica marxista ao sistema do capital, ao liberalismo, conseqüentemente, ao Estado Liberal. Karl Marx analisa a sociedade a partir de dois sítios diferentes, a sociologia e a economia. Dessa forma a ele é possível atribuir caráter científico pleno e provar as relações entre poderio econômico e mazelas sociais. É orquestrado em Marx o embate ao capitalismo burguês, liberal. A teoria da luta de classes denuncia a exploração do homem pelo homem, do Proletário pelo Burguês. Aponta-se a existência de uma sistemática que possibilita à classe dominante sempre estar na dianteira desse conflito. O grande sistema é o capitalismo e a filosofia liberal é cúmplice deste, visto que esta nada mais é do que a ferramenta que a classe detentora do capital usou para destituir o antigo regime e tomar para si o poder político.

4 O ESTADO COMUNISTA COMO OPOSIÇÃO AO ESTADO LIBERAL

Antes, no século XVII, estava a Burguesia atordoada pela necessidade de espaço político e econômico para desenvolver suas potencialidades. Para atender seus interesses os burgueses travaram um embate contra o status quo desse período e saíram vitoriosos dando honras ao liberalismo. Um século depois, a classe operária oprimida dentro do Estado mínimo burguês, aparente viabilizador das liberdades, se viu diante de um necessário conflito em prol dos seus interesses de classe. Esta, por sua vez, tivera o comunismo para favorecê-la. O conquistador do constitucionalismo ocidental no século XVIII, liberalismo, é desafiado e contrariado com o surgimento do comunismo, entrando na posição de atacado, deixando o lugar de revolucionário. O Manifesto do Partido Comunista, produzido por Marx e Friedrich Engels, deixa claro:

O objetivo imediato dos comunistas é o mesmo do que o de todos demais partidos proletários: constituição do proletariado em classe, derrubada da



supremacia burguesa da burguesia, conquista do poder político pelo proletariado. (2008, p.29)

Mas quais as demandas do proletariado? Por que o constitucionalismo liberal tradicional não dava conta delas? As respostas para ambas às perguntas estão na história da clássica Revolução Industrial. Marx visualizou as contradições sociais do período e deu caráter científico às suas impressões com obras a exemplo da sua célebre publicação *O Capital*. A situação da época era própria para o surgimento de uma nova mobilização social, como anos antes ocorrera entre os burgueses devido aos abusos da monarquia. Eric J. Hobsbawm em seu livro "A era das revoluções" aponta:

Para darmos um só exemplo: em Glasgow, o tifo "não chamou a atenção até 1818".' Dai em diante, ele cresceu. Houve duas grandes epidemias (o tifo e a cólera) na cidade na década de 1830, três (o tifo, a cólera e a febre recorrente) na década de 1840, duas na primeira metade da década de 1850, até que o aperfeiçoamento urbano acabou com uma geração de desleixo. Os terríveis efeitos deste descuido foram tremendos, mas as classes média e alta não o sentiram. Em nosso período, o desenvolvimento urbano foi um gigantesco processo de segregação de classes, que empurrava os novos trabalhadores pobres para as grandes concentrações de miséria alijadas dos centros de governo e dos negócios, e das novas áreas residenciais da burguesia. (HOBBSAWM, 2007, p. 283).

Ou seja, no enalço do advento da Revolução Industrial o Estado mínimo burguês favorecia uma parte da população e seu abstencionismo colaborava para a dizimação de outra – ficou claro a qual indivíduo aquele Estado fora servo, o indivíduo burguês, apenas - . Portanto, nunca faltou legitimidade nas demandas dessa parte do povo e nem no embate feito contra o modelo que funcionara.

Portanto, era clara a necessidade de maior intervenção estatal na sociedade, posto que as mazelas sócias cresciam férteis no domínio do Estado Liberal. Com Marx surgiu a proposta do Estado Comunista - aqui a solidariedade entre os homens se sobrepõe ao individualismo instaurado - que acolhe o objetivo de destituição da burguesia e a assunção do proletariado oprimido por aquele. A organização política operária tomou força em vários países da Europa e algo precisou ser feito pelo liberalismo para que este



não levasse o mesmo fim que deu ao constitucionalismo monárquico. Assim surge a proposta constitucional do Estado Social.

5 O ESTADO SOCIAL

A crescente dos movimentos operários durante parte do século XIX culminou, posteriormente, na concessão, pelos liberais, de direitos constitucionais que garantiam mínimas condições de vida ao proletariado, a fim de não sucumbir ao novo regime idealizado por Karl Marx, então, “debaixo das pressões sociais e ideológicas do marxismo, o Estado Liberal não sucumbiu nem desapareceu: transformou-se. Deu lugar ao Estado Social” (BONAVIDES, 2007, p. 37). Deste modo, todos os direitos fundamentais de segunda geração tiveram início em decorrência, principalmente, das pressões sociais que vieram das bases dos trabalhadores urbanos. Conseqüentemente, a Revolução Russa de outubro de 1917 – mesmo a Rússia não possuindo um setor industrial bem desenvolvido – foi um marco histórico colaborador para que os Estados liberais começassem a constitucionalizar as ditas concessões à classe trabalhadora, pois aquele evento dentro do velho continente concretizou em um país a aparente destituição da burguesia e a execução de um novo modelo de Estado, o Estado Socialista.

O prelúdio do século passado, dessa maneira, ergueu-se junto ao nascimento dos Estados Sociais na Europa, berço do liberalismo, e também nas Américas onde nasceu a primeira constituição Social: Constituição dos Estados Unidos do México, de 1917. Neste âmbito, Bonavides dispõe da seguinte maneira sobre o etos deste modelo de Estado:

É Estado Social onde o Estado avulta menos e a Sociedade mais; onde a liberdade e a igualdade já não se contradizem com a veemência do passado; onde as diligências do poder e do cidadão convergem, por inteiro, para trasladar ao campo da concretização direitos, princípios e valores que fazem o Homem se acercar da efetividade de ser efetivamente livre, igualitário e fraterno. A esse Estado pertence também a revolução constitucional do segundo Estado de Direito, onde os direitos fundamentais conservam sempre o seu primado. Sua observância faz a legitimidade de todo o ordenamento jurídico. (2007 p. 33)



É certo que a nova forma do Estado liberal não é dotada de postura abstencionista quanto às necessidades da coletividade, o que produz também maior abertura democrática às pessoas. Diante disto, é inevitável a reminiscência ao posicionamento de Rousseau quanto a como se devem instituir as leis conforme o público para o qual essas se destinam.

Assim como antes de levantar um grande edifício o arquiteto observa e sonda o solo, para ver se pode sustentar seu peso, o sábio instituidor não começa por dirigir boas leis em si mesmas, porém examina antes se o povo ao qual as destina é capaz de suporta-las. É por isso que Platão recusou dar leis aos árcadeas e aos cirêneos, sabendo que esses dois povos eram ricos e não podiam aceitar a igualdade; por isso também Creta teve boas leis e homens maus, porque Minos apenas disciplinou um povo cheio de vícios. (ROUSSEAU, 2010, p. 60)

Portanto, podemos usar essa passagem da obra rousseauniana para interpretar que na nova versão liberal de Estado, as leis que a diferem da antiga cabem a um povo que, por sua vez, não é burguês. Ou seja, a solidariedade social produz um Estado inclusivo que não atende unicamente aos interesses de uma só classe, mas que pondera, entretanto, sem destituir o poder dominante da burguesia. Podemos tomar como exemplo o Artigo 123, inciso V da Constituição mexicana de 1917, na sessão em que são abordados o trabalho e a previdência social, um direito humanizador concedido à mulher trabalhadora:

Las mujeres, durante los três meses anteriores al parto, no desempeñarán trabajos físicos que exijan esfuerzo material considerable. Em elmessiguante al parto disfrutaránforzosamente de descanso, debiendopercibirsu salario íntegro y conservar su empelo y losderechos que hubierenadquirido por su contrato. Em el período de lalactanciatendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para amamantar a sus hijos.³ (CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO MÉXICO, 1917)

³ As mulheres, durante os três meses antes do parto, não realizarão trabalhos físicos que exijam considerável esforço material. No mês seguinte ao parto, elas necessitarão necessariamente de descanso, tendo que receber o salário completo e manter o emprego e os direitos que foram adquiridos no contrato. No período de amamentação, elas terão duas pausas extraordinárias por dia, de meia hora cada, para amamentar seus filhos (CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO MÉXICO, 1917, tradução nossa).



Visto isso, é viável associar que a constituição brasileira de 1988 também traz em seu texto diversos pontos nos quais deixa claro o dever do Estado para com o povo em direitos sociais. A Constituição Federal apresenta sessões específicas para tratar de direitos sociais e explicita o compromisso com serviços necessários para garantir a dignidade humana, a exemplo: educação, saúde, trabalho, previdência social, sufrágio universal. De modo que não só estes, mas também outros direitos dessa dimensão se fazem vivos ao longo de todo texto constitucional. Ademais, o seu preâmbulo enuncia: "(...) instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna (...)" (Constituição Federal, 1998), emparelhando-se ideologicamente à assertiva, outrora citada, de Bonavides sobre o Estado Social. Portanto, é compreensiva que houve intenção da Assembleia constituinte da implantação desse modelo de Estado no Brasil, portanto, a constituição de 1988 possui forma social.

6 O NEOLIBERALISMO

Após anos de desenvolvimento do Estado de Bem-Estar⁴ nos países em que esse fora implementado com sucesso – aqueles se encontram preponderantemente na Europa – uma nova face do liberalismo começa a se ajustar: o neoliberalismo. Em decorrência do desenvolvimento da socialdemocracia⁵ na primeira parte do século XX a classe trabalhadora ganhava mais poder político nos países e os mais ricos viram seu espaço em risco, por isso, uma nova reação precisou ser tomada pela classe dominante, aborda Harvey (2008).

⁴O Estado Social também é chamado de Estado de Bem-Estar Social.

⁵ A socialdemocracia é considerada parte do desenvolvimento do socialismo, cujos adeptos, na Europa, são chamados socialdemocratas. (BRAGA, 1997, p. 183)



Essa nova tendência reduz novamente o Estado. O processo de crescimento garantista atingido pelo Estado Social retrocede em face das políticas neoliberais que começam a pairar sobre os países, inclusive os que possuíam um Estado de Bem-estar forte. Sobre o neoliberalismo, aponta Harvey:

O neoliberalismo é em primeiro lugar uma teoria das práticas político-econômicas que propõe que o bem-estar humano pode ser melhor promovido liberando-se as liberdades e capacidades empreendedoras individuais no âmbito de uma estrutura institucional caracterizada por sólidos direitos de propriedade privada, livres mercados e livre comércio. (2008, p. 10)

O desmonte do Estado Social pela aplicação de políticas neoliberais começa a ocorrer com maior força no final da década de 70 nos países europeus, nos Estados Unidos e nas ditaduras instauradas em países da América Latina – mesmo naqueles em que o modelo social de estado sequer tenha chegado a ser devidamente implantado – e a minimização do Estado torna a fortalecer a classe dominante. Entretanto, o perfil neoliberal que atribui ao Estado aparentemente menor poder, em verdade, desarticula seu aparato social, porém, infla o poder de repressão. Harvey, quanto ao Estado na perspectiva neoliberal, afirma:

Deve também estabelecer as estruturas e funções militares, de defesa, da política e legais requeridas para garantir direitos de propriedade individuais e para assegurar, se necessário, pela força o funcionamento apropriado dos mercados (2008, p. 10).

Ou seja, a função punitiva do Estado é revigorada e reafirma declaradamente seu papel de protetora da propriedade privada e do sistema do capital. Isso se dá porque o neoliberalismo, ao trazer fortes características do Estado Liberal tradicional, contribui para antigas mazelas há muito combatidas pelo modelo social. Harvey afirma que: “efeitos redistributivos e uma desigualdade do neoliberalismo têm sido tão frequentes que podem ser considerados estruturais em relação ao projeto como um todo” (2008, p. 35). Assim, a maior concentração de riqueza, logicamente, gera pobreza e com a pobreza o patrimônio corre maior risco, portanto, o poder punitivo do Estado precisa ser fortalecido, mostrando a quem serve novamente o Estado: o homem livre e proprietário. Nas palavras de Wacquant: “pois à atrofia deliberada do Estado Social corresponde a hipertrofia distópica



do Estado penal: a miséria e a extinção de um têm como contrapartida direta e necessária a grandeza e prosperidade insolente do outro” (2001, p. 80).

Após a reação neoliberal das décadas derradeiras do século XX o encarceramento cresceu exasperadamente nos países de primeiro mundo. Wacquant (2001) aponta que na década de 60 podia se perceber um declínio constante do número de encarcerados nos Estados Unidos, entretanto, houve uma inversão brusca dessa tendência após a forte campanha neoliberal norte americana, onde, entre a década de 60 e 80 a população carcerária subiu de 380.000 para 740.000 presos, em 1995 ultrapassou 1,5 milhões e três anos depois quase atingiu os 2 milhões.

Ademais, Wacquant (2001) mostra que, embora a visão de encarcerado nos remeta à um delinquente perigoso, os crimes que mais causam prisões nos E.U.A. correspondem a: tráfico de drogas, furto, roubo ou atentados à ordem pública – crimes, majoritariamente contra o património. Por conseguinte, ele afirma que estes criminosos são costumeiramente provenientes das parcelas precarizadas da classe trabalhadora - subploretários negros e latinos – detentores de baixa renda.

Portanto, desenvolvimento do neoliberalismo caminha junto a reprodução e agravamento de antigos problemas da sociedade capitalista. O enfraquecimento da classe trabalhadora gera seu esfacelamento; o desmantelamento dos direitos sociais robustece parcela mínima da sociedade.

7 O BRASIL E A APLICAÇÃO DE POLÍTICAS NEOLIBERAIS

No Brasil, mesmo não havendo sido concretizado o modelo social de Estado, o neoliberalismo, principalmente com as medidas adotadas pelo governo atual, tem ganhado espaço. As recentes construções legislativas que reformam a Constituição Federal adotando tetos e congelamento de gastos nos setores da educação e saúde, a exemplo da PEC (Projeto de Emenda Constitucional) número 55 que cria um teto de gastos nas áreas de saúde e educação, onde, por 20 anos restringe o investimentos nas áreas permitindo



que seja gasto apenas o equivalente ao que se investiu no ano anterior - sendo realizada a correção da inflação - estabelecendo o congelamento dos gastos públicos nos dois setores; das reformas previdenciárias que estipulam quase meio século, 49 anos, de contribuição pecuniária para que o trabalhador tenha direito à aposentadoria integral; e da flexibilização das leis trabalhistas com uma reforma na CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas) que promove menor intervenção estatal nas relações de trabalho e fragiliza o proletariado; representam exemplos do algoz do Estado Social, ações neoliberais. Significando a minimização da estrutura social do Estado, que garante condições mínimas de vida à população. Deste modo, é certo que o Brasil está também navegando na maré neoliberal que inunda a contemporaneidade.

O fenômeno do Estado Liberal clássico deu início a novos tempos na sociedade ocidental. Na aurora dos seus anos instituiu poder a uma nova classe dominante, a nobreza deu lugar à burguesia. Entretanto, o que não mudou foi a exploração do homem pelo homem e o Direito permaneceu utilizado pelo dominador para legitimar suas ações.

Em decorrência das condições desumanas de vida impelidas ao povo proletário durante as décadas primeiras da Revolução Industrial, foi travada por esses uma luta pelo Direito. O processo conflituoso pela aquisição de direitos de segunda dimensão foi, em aspecto geral, uma campanha pelo bem-estar. Ihering (2009) diz: "a paz é o fim que o direito tem em vista, a luta é o meio de que se serve para conseguir". O advento do Estado Social - Estado de Bem-Estar Social – representou um ganho de dignidade humana para a classe trabalhadora. Entretanto, o Direito é uma luta que não cessa. Tal qual a luta entre classes de Marx, a manutenção dos direitos sociais, bem como sua amplificação, exigem constante resistência, pois se o poder de uma classe subordinada diminui, a subordinadora se infla e as concessões antes postas correm o risco de desaparecerem.

Dentro do universo das organizações humanas o Estado é uma sólida instituição e sua formação jurídica se desenvolve no texto constitucional. Deste modo, os formatos dos Estados variam de acordo com as suas constituições, entretanto, como ensina Lassalle (2001), essas são frutos dos fatores reais de poder. Estes dizem como funciona o Estado. A



assunção do modelo liberal representou o poder burguês; o surgimento do Estado Social, o ganho de força de uma classe oprimida. Ademais, a disseminação do pensamento neoliberal nos Estados representa o robustecimento dos detentores de capital em detrimento do enfraquecimento do povo operário.

Assim como no passado houveram consequências perversas diante da demasiada minimização do Estado, na contemporaneidade a nova tendência de redução destes já divulga seus decréscimos no bem-estar dos homens. Este novo liberalismo é ainda mais agressivo, pois a ação social do Estado é apequenada enquanto seu poderio punitivo é alargado. A concentração da riqueza convive com o desenvolvimento do sistema carcerário onde o neoliberalismo é forte. Como já foi apresentado aqui, o neoliberalismo redefine o Estado como servo da classe minoritária e algoz do povo que não tem acesso devido às riquezas e paira desprotegido.

Portanto, é passivo de alerta que, baseado no contexto da formação histórica dos tipos de Estados, quando uma organização estatal que nem se quer chegou à implementação devida e plena de um Estado Social – este é o caso brasileiro - passa a se inclinar para o gozo das políticas neoliberais, o preço destas é a construção de um mal-estar dentro da sociedade - exemplo trabalhado aqui, a hipertrofia penal e do encarceramento desmedido, demonstram bem isso – visto que, quando o Estado é impotente na contenção do enfraquecimento dos direitos sociais, toda sociedade é desregulada (WARCQUANT, 2001).

REFERÊNCIAS

- BRAGA, Fernando. **Conservadorismo, liberalismo e socialdemocracia**: um estudo de direito político. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 133, p. 183 – 190, jan./mar. 1997.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Social ao Estado Liberal**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.



HARVEY, David. O Neoliberalismo: história e aplicações. 1. ed. São Pulo: Edições Loyola, 2008.

HOBBSAWM, Eric J. **A Era das revoluções**: Europa 1789-1848. 22. ed. São Pulo: Editora Paz e Terra, 2007.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 2. ed. São Paulo; Martin Claret, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. **O Manifesto Comunista**. 18. ed. São Pulo: Editora Paz e Terra, 2008.

MÉXICO. Constituição (1917). Constituição dos Estados Unidos do México. Disponível em http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917_i ma.pdf > Acesso em: 16 nov. 2017

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 1. ed. Porto Alegre: 2010.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

.....



POVOS ORIGINÁRIOS E A TEORIA DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO

UM ESTUDO DO CASO VENEZUELANO

.....
Rafael Beltrão Urtiga¹

Maria Emília Miranda de Oliveira Queiroz²

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo dedica-se a um tema de suma importância na atualidade, pela repercussão que ganha no contexto mundial: o Novo Constitucionalismo Latino Americano. Essa tendência de rompimento com o modelo europeu de constitucionalismo, tem como exemplos as Constituições de vários países da América Latina; dois quais destacamos o caso da Venezuela. Essa Constituição é marcada por consagrar o plurinacionalismo, a democracia participativa e o pluralismo jurídico. Por conseguinte, analisar a manifestação do Poder Constituinte nesses casos ganha grande importância, uma vez que originarão legislações democráticas, das quais acreditamos ser mais próximas ao cidadão.

Delimitamos nosso objeto de estudo ao caso da Venezuela, com sua Constituição Bolivariana de 1999 (reformada em 2007). Em especial as proteções manifestas nos elementos normativos acerca dos Povos Originários, que em casos concretos, tal como o da Venezuela, Equador e a Bolívia aderiram à quebra do paradigma eurocêntrico de constitucionalismo, buscando diminuir a distância entre a legislação nacional e a

¹ Graduando em direito pela Faculdade Boa Viagem – DeVry Brasil. Pesquisador no PICT – Programa de Iniciação Científica; Monitor e Mentor da DeVry FBV. Integrante dos grupos de pesquisa: Jurisdição e Processos Constitucionais na América Latina: Análise Comparada - UFPE/CNPQ. Aprendiz no Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Boa Viagem. Parlamento Juvenil do MERCOSUL – representante do Estado de Pernambuco (2012-2014). rafaelbeltrao2@gmail.com

² Especialista e mestre em Direito. Professora da DeVry Unifavip. Coordenadora do curso de Direito da DeVry João Pessoa. Orientadora no PICT da DeVry FBV. Advogada. Membro do grupo Jurisdição e Processos Constitucionais na América Latina: Análise Comparada – UFPE/CNPQ. emiliaqueiroz.jus@gmail.com



realidade do povo por ela tutelado. Buscamos com isso, analisar a realidade da América Latina, tendo como exemplo mais latente o caso da Venezuela, para verificar se de fato há elementos capaz de configurar a presença do pluralismo jurídico para a inclusão dos povos originários, no caso, o povo indígena.

Não obstante, destacamos que embora existam diferentes países que produziram suas Constituições com base nas premissas resguardadas pelo Novo Constitucionalismo, cada Diploma constitucional possui uma manifestação singular, e, portanto, é falha a missão de analisar exaustivamente a ponto de esgotar a temática, dada sua riqueza de detalhes e seu caráter atualíssimo.

A pesquisa possui natureza bibliográfica pela doutrina nacional e internacional sobre o tema e pelo texto da Constituição Venezuelana, bem como dos índices estatísticos adquiridos em centros de pesquisas da Venezuela. Para tal missão utilizamos o método quali-quantitativo. Quanto aos referenciais teórico-metodológico, partimos da abordagem do conceito de pluralismo jurídico, com fundamentação teórica em Antônio Carlos Wolkmer. Buscando adentrar no caso proposto a estudo, passamos a análise histórica social da Venezuela, para contextualizar um estudo de caso concreto. Na sequência, abordamos os institutos legais internacionais, tocantes ao contexto venezuelano, destacando o texto da Constituição Bolivariana da Venezuela de 1999 (reformada em 2007).

Pretendemos assim, levantar elementos sólidos para a discussão do tema que ainda tem literatura escassa, e é nesse ponto que está a relevância do trabalho, em contribuir para o crescimento da ciência. Portanto, destacamos que a importância desse trabalho reside no fato de suscitar dados bibliográficos para a discussão científica do tema, ainda carente de bibliografia específica.



2 O NOVO CONTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO

Conforme anteriormente mencionado, é dispendiosa e falha a missão que estabelece esgotar a temática pertinente a um instituto, principalmente quando este é um instituto jurídico. Sendo assim, nesse texto, tem-se como objetivo realizar uma breve explanação acerca do Novo Constitucionalismo Latino Americano, sem qualquer pretensão de esgotamento da matéria.

No direito constitucional muito se estuda sobre os modelos ideológicos que ensejaram Constituições, principalmente no que discerne ao Poder Constituinte em sua manifestação originária. Sob essa perspectiva, faz-se necessário destacar que independente da distância, muitos países reproduziram em seus diplomas constitucionais ideologias similares. Tal fenômeno fica evidente quando estudamos a história das Constituições venezuelana (1999), equatoriana (2008) e boliviana (2009).

Entende Ivo Dantas (2016) que para o estudo do Constitucionalismo latino-americano na atualidade, é necessário a valoração de dois fenômenos: o desenvolvimento de um sentimento constitucional; e a amplitude da matéria constitucional. Tais fenômenos jamais devem ser desassociados do estudo do tema.

Nas Constituições da Venezuela, Equador e Bolívia é nítida a presença dos ideais preceituados pelo Novo Constitucionalismo Latino Americano (BARBOSA, 2015), destacando-se como principal característica o fomento por institutos que restabeleçam a relação de soberania e governo. Nesses Diplomas é possível encontrar mecanismos de controle e participação popular na pauta de interesses público, fazendo com que o cidadão seja visto como parte de um grupo politizado e eficiente, que deseja participar ativamente das questões atreladas a sua nação, sendo essa participação uma garantia constitucional.

Nesses países tradicionalmente é a elite econômica e intelectual que(de)tinha o poder de mando sobre as diretrizes políticas (BARBOSA, 2015), entretanto, a utilização da participação direta em nada reduz a valoração da democracia representativa exercida em



todos os sistemas constitucionais latino americanos, e, portanto, devem ser agregados aos institutos da democracia representativa.

As constituições Latino Americanas se caracterizam também por serem voltadas para a proteção dos grupos sociais vítimas de discriminação social como: mulheres, crianças, jovens, portadores de deficiência, idosos, a fim de assegurar uma ampla proteção a esses grupos sociais. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos também demonstra a preocupação com a proteção dos grupos sociais mais vulneráveis (BARBOSA, 2015, p. 78)

Cabe também aludir os aspectos ressaltados por Viciano:

Junto con los rasgos propios de su forma constitucional, las nuevas constituciones latinoamericanas cuentan, asimismo, con un amplio abanico de características materiales comunes, en las cuales también ha incidido la dinámica constituyente: sus cimientos, por un lado, en la activación directa del poder constituyente para el avance de las sociedades y, por otro, en la necesidad de romper con sistemas anteriores propios del constitucionalismo débil. (VICIANO, 2010, p. 34)

Assim, o Constitucionalismo estabelece diversos mecanismos de exercício do poder popular nas decisões que lhe são pertinentes (plebiscitos, referendos, consultas e iniciativas populares). No que tange ao Constitucionalismo venezuelano, destaca-se a reiterada utilização do instituto “referendo” (segundo dados do CNE – Conselho Nacional Eleitoral da Venezuela já ocorreram 4 referendos, são eles: Referendo Aprobatorio de la Enmienda Constitucional 2009; Referendo Constitucional 2007; Referendos Revocatorios 2007; Referendum Presidencial 2004),

Canotilho (2006) elucida que este instituto pode se manifestar de diversas formas “tais como as múltiplas teorias da democracia”, não podendo a doutrina constitucional estabelecer uma teoria geral dos referendos, dada as múltiplas formas e funções dos instrumentos referendários nos ordenamentos jurídicos.

Ainda nessa perspectiva doutrinária estabelece que mesmo não havendo uma teoria geral, a viabilidade da utilização do referendo está para o aperfeiçoamento da democracia depende se a Constituição estabelece os princípios e as regras fundamentais quanto à iniciativa, o objeto, ao controle constitucional, à natureza, aos efeitos e ao procedimento. Em outras palavras, não se pode pensar em um instituto



democrático, tal como o referendo, sem pensar em uma organização legal mínima, afim de trazer transparência e legalidade para o instituto.

Todavia, na realidade venezuelana, temos que saber distinguir os instrumentos configuradores da democracia participativa, que não é necessariamente direta, como alerta Viciano:

El compromiso constitucional de promover la participación a través de fórmulas directas no cuestiona la esencia del sistema de democracia representativa, ampliamente presente en todas las constituciones. La democracia participativa se configura como un complemento en la legitimidad y un avance en la democracia, pero no como una sustitución definitiva de la representación. Sin embargo, sí interrumpe la posición tradicional de los partidos políticos, que si bien se mantienen principalmente en el ámbito de los derechos políticos, su papel queda limitado por la acción directa del pueblo. Se trata, en definitiva, como ha afirmado Criado, de una absorción del Estado por lo colectivo: "se consagra constitucionalmente la escisión entre sociedad y Estado, y se reconstruyen escenarios y procedimientos para que la decisión del segundo sea influida por la primera, para reconstruir la unidad en la decisión, de manera que la voluntad única del Estado sea también voluntad de la sociedad por mecanismos distintos a los partidocráticos" (VICANO *apud* Salamanca y Viciano, 2004, p.123).

Então, mesmo com todos os preceitos democráticos que influenciam as novas Constituições Latino Americanas, é natural que ocorra um rompimento do paradigma oriundo do modelo de constitucionalismo europeu, uma vez que esse elemento unido as crises sociais naturais em países colonizados, traz em sua prática um pluralismo débil.

3 O PLURALISMO JURÍDICO E SUA BASE PARA O NOVO CONSTITUCIONALISMO

Inicialmente, destaca-se que o Pluralismo Jurídico é uma teoria muito conhecida no âmbito da doutrina Constitucional, sendo possível encontrar sua incidência em outros Sistemas Jurídicos que não englobam as características do Novo Constitucionalismo. Entretanto, no que tange a América Latina, o Pluralismo Jurídico possui uma manifestação diferenciada quanto ao texto constitucional extremamente singular, pois, confere aos Povos



Originários a manutenção de um ordenamento jurídico paralelamente com o direito positivado e ratificado pelo Estado.

Nesse sentido, exemplifica Wolkmer (2001) "a existência de mais de uma prática e da diversidade de campos sociais ou culturais com particularidade própria, que envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos, não se reduzem entre si", sendo assim temos a máxima como ilustração as convenções de convicções estabelecidas pelos Povos Originários, e, portanto, deve ser valorada tal qual, as imposições normativas do Estado, devendo realizar-se modulações tendo como base o que toca ao Pluralismo, a fim de harmonizar a estrutura jurídica.

Para Wolkmer(2013) o localismo e a diversidade são vistos como privilégios e a tolerância busca pautar a convivência dos grupos através das regras, sendo que, o localismo e a diversidade são dois dos 06 (seis) princípios, no que é pertinente ao pluralismo, não obstante, destaca-se a existência de outros elementos igualmente importantes: autonomia, descentralização, participação e tolerância. Em outras palavras, esses princípios valoram a ideia de um poder cuja tutela é compartilhada por diferentes grupos, muitas vezes sendo o seu exercício independente ao poder central de tal contexto, permitindo que as decisões possuam um caráter fragmentário quanto aos processos decisórios.

Nas características do Novo Constitucionalismo, principalmente no caso da América Latina, pode-se visualizar Pluralismo Jurídico, fruto dos estudos anteriormente abordados sob a perspectiva de Wolkmer, como ferramenta de inclusão de Povos Originários, que outrora eram excluídos dos textos normativos, com tendência ao constitucionalismo europeu, ou se previstos, eram tratados de maneira irrisória e insignificante do ponto de vista protecionista e assegurador de seus direitos e garantias fundamentais.

À exemplo podemos ilustrar com o contexto histórico da Venezuela, que antes da Constituição de 1999, reformada em 2007, nada era estabelecido como instituto jurídico de proteção aos Povos Originários, mesmo tendo essa grande expressividade na história e no contingente populacional do país. Esse distanciamento, ou melhor, esse não



reconhecimento dos indígenas no contexto venezuelano, pode ser relacionado com o que teorizou Ivo Dantas (1997) acerca do “Hiato Constitucional”, muito antes da promulgação da Constituição venezuelana em 1999.

O que se entende de Pluralismo Jurídico é fruto de um processo histórico, uma vez que, grande parte das Constituições pregressas da América Latina tinham como referencial jurídico o modelo eurocêntrico, e com isso, em determinados aspectos tal modelo não foi suficientemente satisfatório para uma realidade prática. Isso ocorreu não por ser um modelo jurídico fraco ou irrelevante, mas, por ser um modelo emergido em contexto diferente, tendo sido transplantado em um sistema jurídico extremamente singular, com muitas diferenciações nos aspectos políticos, formação e histórica e contingente populacional.

Sendo assim, é de suma importância destacar que os novos textos Constitucionais gerados não são teorias criadas tão somente por teóricos e estudiosos da temática, são, portanto, a prática traduzida nas estruturas normativas, sendo esses frutos de árduos percursos, que contou com ampla participação da população para construção normativa.

Entretanto, é preciso reconhecer que quanto a proteção dos Povos Originários, mesmo tendo alcançado alto nível de reconhecimento normativo, quando comprado com outros contextos jurídicos, atual qual o Brasil, sua situação e as respectivas proteções a elas inerentes não são as ideais, mesmo existindo um amparo legal Constitucional que que orienta e disciplina como deve ser essa atuação frente aos Povos Originários.

Cumprido destacar o que estabelece o Artigo 260 da Constituição Bolivariana de 1999, que prevê limitações aos povos indígenas ao passo de garantir sua autonomia, através de leis e atuações da ordem pública:

Artículo 260: Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.



Delicada a temática de estabelecer limitações jurídicas para Povos Originários, tal qual as comunidades indígenas, uma vez que tomamos como base o caso da Venezuela. Todavia, compreendemos ser necessárias as limitações do ponto de vista jurídico normativo para esses povos, só que elas devem ser precedidas de um extremo aprofundamento na matriz histórica, tendo como finalidade sempre a harmonização. Conforme elucida Wolkmer (2013) uma Constituição não deve ter como única finalidade a matriz geradora de processos políticos, mas, uma resultante de correlações de forças e de lutas sociais de um dado momento histórico do desenvolvimento da sociedade.

É, portanto, um instituto jurídico máximo que se diferencia do pacto político, pois esse expressa a pluralidade, já a Constituição materializa uma forma de poder que se legitima pela convivência e coexistência de concepções divergentes, diversas e participativas em busca de estabelecer o melhor para todos (WOLKMER, 2013).

Passemos então a estudar a aplicação desse pluralismo jurídico no caso concreto proposto pela pesquisa: a Venezuela, que juntamente com a Bolívia e o Equador aderiram em suas mais recentes constituições ao Novo Constitucionalismo Latino Americano, iniciando o processo de rompimento do paradigma de Constitucionalismo Europeu.

3.1 DA MANIFESTAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE NA VENEZUELA

Na festejada obra de Ivo Dantas: *Direito Constitucional e Instituições Políticas*, o autor expõe o Poder Constituinte como um fundamento pré-jurídico da Nova Constituição, sendo tal Poder essencialmente constituído por questões sociológicas, é nesse sentido que:

Em outras palavras, desejamos insistir no aspecto de que, embora a Constituição (obra do Poder Constituinte) seja um documento de caráter e natureza jurídicos, aquele que a elabora e o ato que provoca sua atuação (processo de hiato constitucional) são fatos eminentemente político-sociológicos(...). (DANTAS, 1986, p. 91)



Ademais, por ser um Poder que constitui novas diretrizes para o Estado, por vezes, pode até chocar-se com o legalismo nacional, uma vez que os novos valores, obtidos através dos movimentos sociais que originaram o Poder Constituinte, poderiam se chocar com os princípios determinados pela Constituição passada.

Para Wolkmer (2013), a Constituição não é apenas oriunda de questões políticas mas muito mais das questões sociais daquela localidade, além do mais, há afirmação de que Constituição também é uma ferramenta de efetivação de direitos, uma vez que ela representa os interesses da localidade.

Ainda segundo o autor, o constituinte busca assegurar direitos conquistados pelos cidadãos, formando um pacto político que acaba por materializa a pluralidade daquele Estado.

Neste sentido, apresentamos o conceito de pluralidade para Wolkmer:

Em sua natureza, a formulação teórica do Pluralismo designa "a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais ou culturais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si. (WOLKMER, 2016)

No caso da Venezuela, conforme aponta Corao (2009) a Assembleia Nacional Constituinte (ANC) na Venezuela foi uma manifestação da vontade popular, na qual, expressava sua soberania com a finalidade de realizar uma reorganização do Estado e da Venezuela, criando assim, um novo sistema jurídico democrático. Entende-se que, a ANC, no exercício dos poderes que lhes são pertinentes, tem autonomia para estabelecer limitações, decisões e cessações das atividades de autoridades componentes do Poder Público. Nessa perspectiva, tem-se como objetivo estabelecer uma transformação do Estado e criar uma nova ordem capaz de garantir efetividade da democracia social e participativa.

Na terra de Simon Bolivar, estando a Assembleia em um período constitutivo do novo diploma constitucional, era possível encontrar instrumentos normativos em coexistência com os instrumentos existentes e vigentes, neste sentido encontra-se o



estabelecimento de atos governamentais contrários à Constituição, antes da adoção do novo texto.

Assim, temos que:

Los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos. (CORAO, 2009, p. 337)

Para entender o Novo Constitucionalismo Latino Americano Venezuelano, temos que estudar os acontecimentos históricos e os movimentos políticos que impulsionaram uma nova forma de pensar o Constitucionalismo dentro da América Latina e especificamente dentro do país, para que de fato seja um estudo contextualizado.

Partindo do referencial teórico de BARBOSA (2015), que em sua tese doutoral trabalha a democracia direta e participativa nos países latinos americanos, com ênfase na Venezuela, Equador e Bolívia, temos que:

A Venezuela foi governada pelos militares até a década de cinquenta e havia vivenciado breves experiências democráticas. Em 1958 teve início a "Quarta República", com a constituição de 1961, fruto do "Pacto de Punto Fijo" firmado entre os partidos políticos tradicionais, o Partido socialdemócrata Acción Democrática, o Demócrata-cristiano COPEI e a Unión Republicana Democrática-URD, de centro esquerda. Os partidos políticos decidiram chegar a um acordo sobre as novas regras do jogo democrático, com vista a viabilizar a transição política para a democracia e afastar a ameaça de futuros golpes ditatoriais. Esse acordo político teve o beneplácito das forças armadas e da Igreja. Correspondeu a uma falsa democracia já que alternou no poder os dois partidos políticos tradicionais e manteve afastado o Partido Comunista, que inicialmente apostou na luta armada e depois passou a defender a possibilidade de ascensão ao poder através de eleições democráticas. (BARBOSA, 2015, p. 85).

Esse período ficou conhecido na história venezuelana como bipartidarismo. O "*pacto de punto fijo*" possibilitou a concentração do poder nas mãos de dois grandes partidos que mantiveram total autonomia na participação e decisão, através da alternância de poder (LÓPES, 2006).



O "*pacto de punto fijo*" foi um grande marco do bipartidarismo, ocorrendo de forma tão expressiva que seus defensores, simpatizantes e participantes eram (re)conhecidos como os "*puntofijistas*".

Destaca-se a existência de um ambiente economicamente favorável durante o pacto de "*pacto de punto fijo*", onde a Venezuela ocupou o papel de maior exportador de petróleo, estima-se que tal período perdurou até a década de setenta. As antigas dificuldades econômicas começaram a ser superadas em 1922, principalmente após a instalação da companhia petrolífera Royal Dutch Shell.

Em tal conjuntura, o petróleo era conhecido como "ouro negro", sendo este um bem de extrema importância para a produção industrial, principalmente no que tange ao período da Revolução Industrial. Sendo assim, no cenário mundial, a Venezuela passou a ocupar um papel destaque ao ser produtora de tamanha fonte energética. Afirmam os estudiosos da história venezuelana, que um dos primeiros poços de petróleo descoberto jorrou petróleo na altura de um prédio de 20 andares durante semanas, com volume aproximado de cem mil barris diários (SADER; JINKINGS, *apud* BARBOSA 2015).

Nos primeiros indícios de crises econômicas ligadas ao petróleo houve um colapso na economia, isso correu em grande parte, devido a fatores externos, inerentes à capacidade de gerenciamento do Estado venezuelano. A situação econômica caótica favoreceu largamente o crescimento de banqueiros, principalmente através do aumento da dívida pública do Estado venezuelano. Diante de tal situação, nos grandes centros urbanos começaram a surgir regiões de notória pobreza, com condições extremamente precárias, destaca-se que os habitantes desses locais, em um momento ulterior, tinham condições muito melhores de habitação:

[...] las clases populares que, imparablemente, iban cayendo en la marginalidad, y que aumentaban a medida que se profundizaba en la crisis económica sin que nadie hiciera nada por evitarlo. Pasaron, en cuestión de años, de una vida digna a la marginalidad. Tiempo después se acusaría al movimiento bolivariano de haber dividido la sociedad que, cuando Hugo Chávez ganó las elecciones de 1998, ya estaba separada por un abismo (DALMAU, *apud* BARBOSA 2015).



Após a vitória do candidato Carlos Andrés Pérez, em 1988, sob as promessas de mede valorização das classes desfavorecida, que foi prejudicada pela crise petrolífera, a Venezuela levanta-se e vive um momento de revolta. Acredita-se que tal levante ocorreu dado ao comportamento contraditório do candidato, ao anunciar uma série de medidas neoliberais para se adequar aos ditames do consenso de Washington e as propostas do Fundo Monetário Nacional. Essas medidas tronaram-se extremante impopulares, entre elas, destacam-se: o aumento do valor de bens de primeira necessidade, congelamento de salário e redução dos gastos públicos (BARBOSA, 2015).

Sob essa esfera de promessas não cumpridas, comportamento contraditório, e extrema pobreza dos cidadãos organizam-se em movimento de insurgência, marcado por conflitos violentos, onde as classes empobrecidas realizaram voluptuosos saques a bens de consumo. Esse movimento ocorreu em 1989, e ficou conhecido como "Caracazo". Para conter tal evento o Estado reagiu de maneira repressiva e violenta. Não é consenso dos historiadores e estudiosos, mas estima-se que centenas de pessoas morreram (LÓPEZ, 2006).

O movimento "Caracazo" foi vitorioso ao trazer o fim do "pacto de ponto fixo", principalmente no que discerne ao bipartidarismo. A luta do movimento "Caracazo" permitiu foi difundida em organizações Militares. Fruto mais memorável dessa difusão foi o denominado Movimento Bolivariano Revolucionário (MBR 200), que planejou um golpe de Estado e o executou em 4 de fevereiro de 1992, entretanto, não obteve êxito. Ocorre que, no ato de prisão de seus líderes, após a tentativa de golpe, o militar Hugo Chávez é preso sendo obrigado a reconhecer seu fracasso publicamente. Afirmam estudiosos, que esse foi o grande erro do governo, após a declaração pública de Chávez, o movimento ganhou muita visibilidade, e, logo após o cumprimento de sua pena, Chávez saiu da prisão e candidatou-se às eleições presidenciais (BARBOSA, 2015).

Segundo José Afonso da SILVA (1991), nesse contexto histórico a Venezuela pertencia ao grupo de países onde o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República e pelos demais funcionários que determinem esta Constituição e leis, sendo o



Presidente o Chefe de Estado e do Executivo, cabendo-lhe exonerar e nomear os ministros que integravam o posto de Conselho de Ministro. Tal referência, faz-se necessário para ilustrar a estrutura jurídica da época.

Visando a autonomia e o crescimento do movimento, Chávez buscou abarcar apoio popular. Seus esforços foram efetivos, permitindo-o eleger-se Presidente da Venezuela. Posteriormente, teve a oportunidade de realizar uma convocação dos cidadãos, afim de questioná-los sobre a conveniência de convocação de Assembleia Nacional Constituinte (ANC) para implementar a democracia social e participativa e como seria a eleição dos seus membros.

Como resultado, teve que:

El "SI" obtuvo 3.630.666 votos en la primera pregunta (87,7% de votos válidos) y 3.275.716 (81,7% de votos válidos) en la segunda, mientras que el "No" obtuvo 300.233 votos en la primera pregunta y 512.967 en la segunda. La abstención alcanzó 62,3%, para ese momento la más alta de la historia comicial del país. Com 87,7% dos votos válidos, o "Sim" vencedor, embora tenham ocorrido abstenções, totalizando 62,3% da população (BRANDÃO et al KORNBLITH, 2007, p. 2).

Entretanto, esse entendimento de aceitação não foi unanime, conforme defende CORAO (2009), de posse dos mesmos argumentos de (BARBOSA, 2015), mas com uma visão totalmente contrária, não é possível (re)conhece a legitimidade desta Assembleia Nacional Constituinte venezuelana, tendo em vista que segundo dados do Conselho Estatístico da Venezuela as abstenções neste referendo totalizaram o percentual de 55,63%.



**RESULTADOS ELECTORALES
REFERENDO 15/12/1999**

ENTIDAD FEDERAL	VOTOS POR EL SI	%	VOTOS POR EL NO	%	VOTOS NULOS	%	PARTICIPACION	%	ABSTENCION	%
DISTRITO FEDERAL	405.627	72,16%	156.532	27,84%	22.641	3,87%	584.800	51,01%	561.611	48,99%
AMAZONAS	11.914	68,15%	5.568	31,85%	1.834	9,49%	19.316	48,34%	20.642	51,66%
ANZOATEGUI	161.920	77,31%	47.515	22,69%	10.375	4,72%	219.810	41,31%	312.311	58,69%
APURE	40.275	63,74%	22.913	36,26%	4.719	6,95%	67.907	41,24%	96.765	58,76%
ARAGUA	269.689	82,60%	56.828	17,40%	10.574	3,14%	337.091	49,10%	349.428	50,90%
BARINAS	82.820	76,31%	25.710	23,69%	3.912	3,48%	112.442	43,00%	149.045	57,00%
BOLIVAR	156.317	79,46%	40.415	20,54%	10.358	5,00%	207.088	41,47%	292.311	58,53%
CARABOBO	282.202	70,43%	118.461	29,57%	18.606	4,44%	419.269	50,12%	417.291	49,88%
COJEDES	36.689	66,93%	18.126	33,07%	4.808	8,06%	59.623	47,43%	66.078	52,57%
DELTA AMACURO	17.575	75,67%	5.652	24,33%	1.232	5,04%	24.459	40,86%	35.405	59,14%
FALCON	93.808	70,55%	39.163	29,45%	7.832	5,56%	140.803	35,71%	253.463	64,29%
GUARICO	81.031	74,83%	27.257	25,17%	6.251	5,46%	114.539	39,11%	178.333	60,89%
LARA	214.868	74,35%	74.108	25,65%	14.849	4,89%	303.825	43,43%	396.732	56,57%
MERIDA	108.242	69,47%	47.563	30,53%	7.608	4,66%	163.413	47,59%	179.965	52,41%
MIRANDA	329.779	60,46%	215.708	39,54%	22.445	3,95%	567.932	49,80%	572.419	50,20%
MONAGAS	96.742	72,36%	36.945	27,64%	5.920	4,24%	139.607	43,67%	180.078	56,33%
NUEVA ESPARTA	46.295	69,55%	20.272	30,45%	2.809	4,05%	69.376	36,21%	122.192	63,79%
PORTUGUESA	118.342	81,37%	27.098	18,63%	8.798	5,70%	154.238	45,91%	181.685	54,09%
SUCRE	90.653	73,93%	31.967	26,07%	5.971	4,64%	128.591	33,70%	253.031	66,30%
TACHIRA	156.169	72,07%	60.527	27,93%	9.683	4,28%	226.379	49,18%	233.910	50,82%
TRUJILLO	94.259	76,50%	28.958	23,50%	7.103	5,45%	130.320	42,21%	178.412	57,79%
VARGAS	38.927	76,08%	12.242	23,92%	2.468	4,60%	53.637	33,60%	106.008	66,40%
YARACUY	64.578	70,31%	27.275	29,69%	6.079	6,21%	97.932	41,91%	135.737	58,09%
ZULIA	301.672	66,82%	149.831	33,18%	22.547	4,76%	474.050	38,31%	763.205	61,69%
EXTERIOR	1.082	42,38%	1.471	57,62%	56	2,15%	2.609	28,81%	6.447	71,19%
TOTA VENEZUELA	3.301.475	71,78%	1.298.105	28,22%	219.476	4,55%	4.819.056	44,37%	6.041.743	55,63%

Fuente: Dirección de Estadísticas Electorales

Figura 1 - Consultado em 15 de agosto de 2016.

Por conseguinte, em 1999, após Chávez ganhar as eleições presidenciais, foi convocado uma consulta popular sobre a hipótese de promover uma Assembleia Nacional Constituinte, com o objetivo de reformar a estrutura jurídica e política do país.

Finalmente, el 25 de abril de 1999 se celebró el referéndum y a pesar de una gran abstención, resultó aprobada la convocatoria a la ANC conforme a las Bases Comiciales reformuladas,⁸ y la elección de diputados se celebró el 25 de julio de 1999. La ANC se instaló el 8 de agosto de 1999 y de inmediato se airmó como un "poder originario", en abierto desacato a las decisiones judiciales de la CSJ y a las condiciones (bases) con las cuales se manifestó el pueblo en el referendo sobre su convocatoria. [...] De allí en adelante, la ANC además de dedicarse a elaborar la nueva Constitución, comenzó en paralelo a actuar como un poder por encima de la Constitución de 1961, llevando a cabo actos de gobierno constituyente contrarios a la Constitución y que incluso la fueron derogando parcial y progresivamente, aun antes de aprobarse la nueva Constitución (CORAO, 2009, p. 336).

Ocorre que, representantes do bipartidarismo se manifestaram contrário a tal proposta, a justificativa que o texto anterior, estabelecia limitações para reforma do



sistema jurídico, onde o parlamento ocupava papel de protagonista. Cabe ressaltar que, grande parte dos assentos parlamentaristas eram ocupados por representantes do *pacto de punto fijo*, também conhecidos como os *puntofijistas*. Entretanto, esse impasse legal, restrito a uma técnica jurídica foi superado. Isso ocorreu, devido ao reconhecimento da autonomia do poder constituinte originário, que tendo um caráter precípua, foi compreendido como um poder inicial, ilimitado, incondicionado ao modelo jurídico e político anterior (BARBOSA, 2015).

O poder constituinte originário, representa a ruptura de um sistema, e surgimento de um novo sistema, devendo ser preservado sua autonomia e segurança durante sua instauração. Portanto, esse poder é considerado como a força política consciente, que tem por finalidade refletir os fundamentos dos modos de sociabilidade de determinada comunidade política. Sendo a Constituição o produto do poder constituinte originário, tendo por função organizar os poderes constituídos do Estado, sendo até considerado por alguns constitucionalistas como superior a esses poderes, tendo sua vinculação à nação, como efeito gerador da primeira ordem da sociedade, em outras palavras, deve ser entendido como a “unidade política do povo” (GONET, *apud* SCHMITT, 2014).

Tratando-se do contexto venezuelano, esse exercício do poder originário, através da ANC foi exercido sobre os seguintes instrumentos normativos: 1. El Decreto de Reorganización de los Órganos del Poder Público; 2. El Decreto de Reorganización del Poder Judicial; 3. El Decreto sobre la Regulación de las Funciones del Poder Legislativo y el Decreto de reforma parcial del Decreto sobre la Regulación de las Funciones del Poder Legislativo; 4. El Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público. Todos esses instrumentos estabeleciam uma reorganização dos organismos públicos de natureza constitucional, através da decretação de medidas para lidar com situações específicas de intervenção, modificação ou suspensão dos organismos públicos que se julgarem necessários (CORAO, 2009).

Após a obtenção de êxito na convocação e atuação da Assembleia Nacional Constituinte, diversas propostas foram incorporadas na constituição, dentre essas



propostas destaca-se a possibilidade de revogatória de mandato em todos os cargos públicos. Esse instituto permite que qualquer pessoa ocupante de cargo público, seja submetida a uma consulta popular, que definirá a permanência ou não no poder.

Ulteriormente, segundo dados do *Consejo Nacional Electoral Venezolano*, em 2004, este instituto seria colocado em prática, através da submissão do Presidente Chávez ao seguinte referendo presidencial:

¿Está usted de acuerdo con dejar sin efecto el mandato popular, otorgado mediante elecciones democráticas legítimas al ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías, como presidente de la República Bolivariana de Venezuela para el actual periodo presidencial?

No Boletim de referendo eleitoral, datado de 15 de agosto de 2004, fica comprovado que Chávez ocupou o título de “primeiro presidente da história contemporânea a submeter-se à revogatória, tendo saído vitorioso” (BARBOSA, 2015), pois, atingiu 59% favoráveis a não revogação do seu mandato como presidente. Esse processo foi reconhecido como amplamente participativo e democrático, atingindo diversas comunidades intelectuais: partidos políticos, associações, ecologistas, organizações de direitos humanos, sendo essa participação transmitida ao vivo pela televisão. Através de referendo popular a constituição foi aprovada no dia 15 de dezembro de 1999, com um percentual de mais de 70% do eleitorado venezuelano (BARBOSA, 2015).

Posteriormente, a Venezuela realiza uma novo refendo de aprovação de uma Emenda Constitucional, em 15 de fevereiro de 2009.

Perguntava-se:

¿Aprueba usted la enmienda de los artículos 160, 162, 174, 192 y 230 de la Constitución de la República, tramitada por la Asamblea Nacional, que amplía los derechos políticos del pueblo, con el fin de permitir que cualquier ciudadano o ciudadana en ejercicio de un cargo de elección popular, pueda ser sujeto de postulación como candidato o candidata para el mismo cargo, por el tiempo establecido constitucionalmente, dependiendo su posible elección, exclusivamente, del voto popular?



Como resultado, teve-se que:

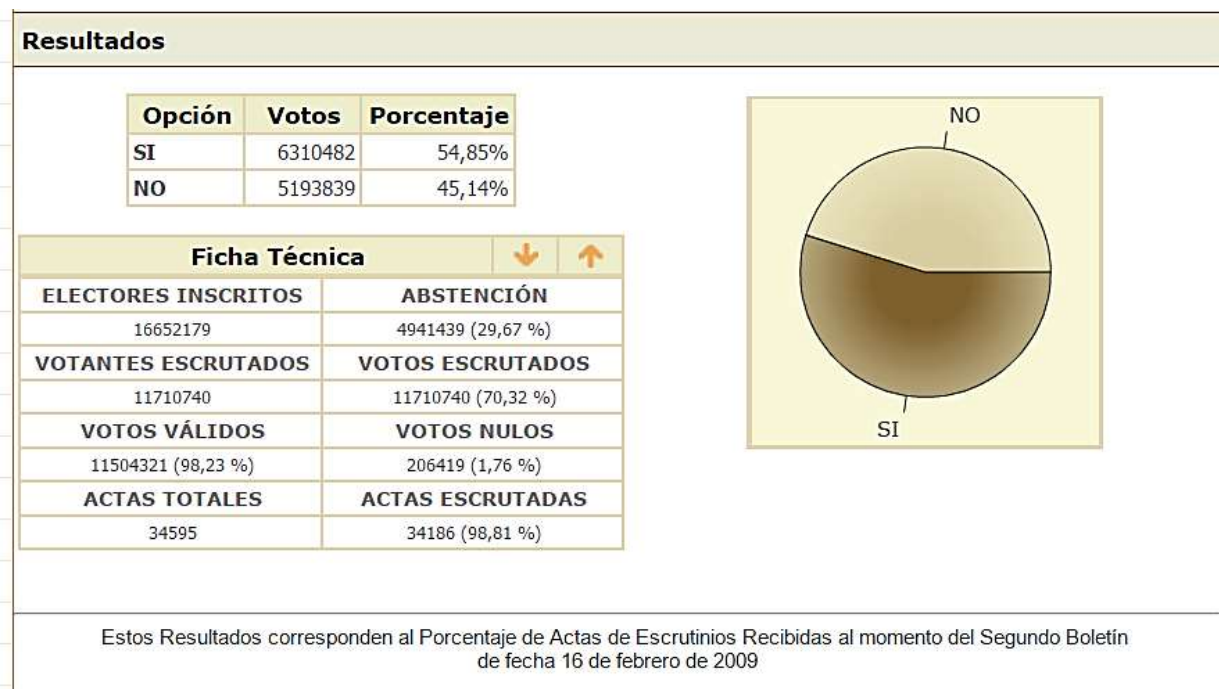


Figura 2 - consultado em 15 de agosto de 2016.

A Emenda à Constituição foi aprovada, tendo o percentual 54,85% de aceitabilidade, com 29,67% de abstenções. Portanto, é evidente maior expressividade no âmbito das decisões constitucionais, principalmente no que discerne as estruturas normativas de manutenção de poder, em comparação com os referendos anteriores

Neste sentido, tendo como base os aspectos políticos e históricos ora narrados, observa-se o novo Constitucionalismo na Venezuela como fruto de uma série de acontecimentos, que podem ser reconhecidos em toda estrutura normativa do códex venezuelano.

3.2 GARANTIAS JURÍDICAS-NORMATIVAS DOS POVOS ORIGINÁRIOS NO CONTEXTO VENEZUELANO

No que tange ao Novo Constitucionalismo Latino Americano, principalmente no que diz a respeito das garantias jurídicas positivadas dentro da estrutura normativa da



Venezuela, são vários os institutos que disciplinam como deve ocorrer e nortear as atuações entre Povos Originários e o Estado, são eles: Convenção 169 de 1989 Organização Internacional do Trabalho (OIT); Constituição Bolivariana Venezuelana 1999; Lei Orgânica sobre os Povos e Comunidades Indígenas 2005; Declaração das Nações Unidas 2007.

3.2.1 CONVÊNIO 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Afirma Zaffaroni (2006) que este vínculo inicia uma nova trajetória no contexto jurídico internacional, no sentido de corrigir ou reparar as diversas violações cometidas pelos mais deferentes países colonialistas, que fomentaram a escravidão e deslocamento massivo. É importante ressaltar que tal narrativa não é exclusiva da Venezuela, entretanto, possui extrema correspondência com o seu contexto, tendo em vista as inúmeras violações ocorridas com os Povos Originários da Venezuela.

A partir desse convênio e da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, foi valorado do ponto de vista jurídico-normativo uma série de direitos indígenas, cuja a finalidade era permitir o surgimento de sociedades mais inclusivas, participativas e democráticas, tendo como base a dignidade igualdade dos Povos Originários como sujeitos de direitos. Em sua estrutura, o convênio 169 reconhece direitos à terra, bem como ao território e o acesso aos recursos naturais, reconhecendo-os como elementos do direito consuetudinário.

Outras temáticas também são valoradas no Convênio, tais quais direitos relativos ao trabalho, saúde, preservação de aspectos culturais, desenvolvimento das próprias línguas, bem como o direito ao acesso aos meios de comunicações.



3.2.2 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA BOLIVARIANA DA VENEZUELA DE 1999

Conforme já abordado em capítulos anteriores acerca dos elementos históricos e políticos que permitiram o surgimento da Constituição de 1999. Pretende-se nos parágrafos seguintes identificar as proteções previstas no Título III, no capítulo VIII da Constituição Bolivariana Venezuelana, intitulada "*De los Derechos de los pueblos indígenas*".

De maneira objetiva são 08 (oito) os artigos que compõe esse título, e tratam sobre a organização social, política, econômica e cultural, bem como, as religiões e línguas dos povos indígenas, direitos originários sobre as terras que ancestralmente e tradicionalmente ocupam, e ainda ressaltam que essas terras são inalienáveis, imprescritíveis e intransferíveis. Qualquer recurso a ser explorado em área indígena por parte do Estado está sujeito a informação previa e consulta a população indígena.

A Constituição da República Bolivariana da Venezuela, de 1999, posteriormente reformada em 2007, possui um rico material para estudo, portanto, de maneira ilustrativa citamos dois dos seus artigos afim de ilustrar a referida temática.

No sentido de proteção à cultura e as tecnologias desenvolvidas pelos Povos Originários tem-se Artigo 124:

Se garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas. Toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos perseguirán beneficios colectivos. Se prohíbe el registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales. (VENEZUELA, 1999. p. 212)

Não obstante, no tocante a participação política, temos em sequência o Artigo 125:

Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación política. El Estado garantizará la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley. (VENEZUELA, 1999. p. 212)

É *mister* informar que a Constituição reconhece os Povos Originários, nesse



contexto ilustrado pelos povos indígenas como suas raízes ancestrais, bem como, “de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible”. Devendo, portanto, protegê-los afim de assegurar a soberania nacional.

3.2.3 DIPLOMA INFRACONSTITUCIONAL: LEI ORGÂNICA SOBRE OS POVOS E COMUNIDADES INDÍGENAS DE 2005 - LOPCI

A Lei Orgânica sobre os Povos e Comunidades Indígenas é datada de 2005, e possui mais de 100 (cem) artigos, divididos 8 títulos, bem como disposições transitórias acerca da temática.

Nesse sentido cita-se o Artigo 136 *in verbis*:

Artículo 136. El Estado garantiza, entre otros, los siguientes mecanismos para facilitar la aplicación del derecho indígena y el desarrollo de la jurisdicción especial indígena: 1. Promoción y difusión: El ente ejecutor de la política indígena del país creará una instancia mixta interinstitucional con participación de representantes de los pueblos y comunidades indígenas y sus organizaciones, para el diseño y ejecución de políticas públicas que promuevan la difusión y el respeto del derecho indígena y la jurisdicción especial indígena. 2. Programas: El ente ejecutor de la política indígena del país o los pueblos, comunidades y sus organizaciones indígenas, podrán diseñar y ejecutar, conjunta o separadamente, programas o proyectos de capacitación y formación en el pluralismo legal, dirigidos a las autoridades indígenas y a los operadores de justicia, para facilitar la aplicación del derecho indígena y la coordinación con la jurisdicción ordinaria. 3. De la enseñanza del derecho indígena: En la enseñanza del derecho y carreras afines, las instituciones educativas y de formación judicial, de conformidad con las normas aplicables, incorporarán materias referidas a la multiculturalidad, pluralismo legal y el derecho indígena, el Estado proveerá los medios necesarios para la capacitación en materia indígena a los operadores de justicia, abogados y funcionarios encargados de aplicar la ley en zonas con predominancia indígena. (VENEZUELA. Pág. 28)

É evidente que a LOPCI permite em seu arcabouço normativo o fortalecimento dos direitos indígenas e sua facilitação quanto a prestação jurisdicional, e, portanto, não poderia deixar de ser abordada em tal artigo.



4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fica evidente no Constitucionalismo Latino Americano a busca por uma maior participação popular, que tem a oportunidade de exercê-la de maneira direta e organizada, principalmente através dos instrumentos democráticos, tais como: plebiscitos, referendos, consultas e iniciativas populares.

Para compreender as Constituições germinadas do Novo Constitucionalismo Latino Americano faz-se necessário entender que este não é uma teoria constitucional de caráter formal, elaborada por juízes, teóricos e acadêmicos. O Novo Constitucionalismo é reconhecido como uma prática constitucional, fruto de experiências ditatoriais e a ausência de governos verdadeiramente representativos dos interesses da maioria da população.

Nesse sentido que ganha importância a análise do Poder Constituinte que eclodiu na Constituição Bolivariana de 1999 (reformada em 2007), posto que prioriza fatores sociológicos em sua missão de construir o novo diploma que rompe com os antigos modelos de constitucionalismo europeu, libertando a Venezuela do colonialismo avassalador que sempre lhe causou crises socioeconômicas.

Tendo como base todo o artigo produzido, algumas máximas podem ser ratificadas: 1. A Constituição da República Bolivariana da Venezuela de 1999 é a nítida manifestação do Novo Constitucionalismo Latino Americano; 2. Muitos são os elementos jurídicos que a compõe, entretanto, o pluralismo jurídico é formalmente reconhecido e valorado; 3. A Constituição da Venezuela de 1999 não é a única fonte normativa para a proteção dos Povos Originários, tendo outras de extrema importância, por serem mais específicas no que tange a proteção dos direitos individuais e coletivos indígenas.

Entretanto, embora esse contexto seja positivo ainda não é o ideal, pois, conforme destaca posicionamento do INESC, acerca do acesso, alguns aspectos são importantes e precisam ser pautados para uma êxito ainda maior do que atual: divulgação dos direitos indígenas, bem como das obrigações do Estado para com eles; desenvolvimento de capacidades para implementar esses direitos, instituições, e um modelo de práticas



capazes de garantir sua aplicabilidade, através de mais mecanismos de diálogos, tais quais: a consulta e a participação direta.

Portanto, é inegável diante de todas informações apresentadas anteriormente, que a valoração protetiva fornecida aos Povos Originários dentro do contexto da estrutura normativa da Venezuela atua como sustentáculo para a ministações das garantias políticas, ratificadas pelos elementos normativos de poder oriundos do Novo Constitucionalismo Latino Americano. Não obstante, quando se compara com outros países, tal qual o Brasil, percebe-se que a Venezuela está em posição de vanguarda frente a proteção e reconhecimento dos Povos Originários.

Nesse sentido que ganha importância a análise do Poder Constituinte que eclodiu na Constituição Bolivariana de 1999 (reformada em 2007), posto que prioriza fatores sociológicos em sua missão de construir o novo diploma que rompe com os antigos modelos de constitucionalismo europeu, libertando a Venezuela do colonialismo avassalador que sempre lhe causou crises socioeconômicas.

Trata-se, portanto, de um nível emancipatório popular muito elevado, quando comparado com países de estrutura representativa indireta, pois, para um funcionamento eficaz, faz-se necessário um alto grau de politização do povo, capaz de permear todo o ciclo da produção normativa: construção, aprovação, e eventualmente, caso necessário, reforma. O povo precisa estar disposto a conhecer e estudar os mecanismos de participação nos debates constitucionais, bem como, aproximar o texto constitucional de sua realidade, através do sentimento de efetividade e pertencente.

REFERÊNCIAS

_____. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25ª ed. Editora Malheiros, 2005.

_____. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. Disponível em : <<http://www.abdcont.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>> acesso em 15 de agosto de 2016.



_____. Referendo aprobatorio de la enmienda constitucional. Disponível em: <http://www.cne.gob.ve/divulgacion_referendo_enmienda_2009/> Acesso em 15 de agosto de 2016.

_____. Resultados Electorales: Refendo 15/12/1999. Disponível em: <<http://www.cne.gob.ve/web/documentos/estadisticas/e012.pdf>> acesso em 15 de agosto de 2016.

_____. Boletín Electoral Referendum. Disponível em <http://www.cne.gob.ve/referendum_presidencial2004/> acesso em 15 de agosto de 2016.

BARBOSA, Maria Lúcia. Democracia direta e participativa: um diálogo entre a democracia no Brasil e o novo constitucionalismo latino americano. – Recife: O Autor, 2015.

BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda O novo constitucionalismo pluralista Latino-Americano: participação popular e cosmovisões indígenas (Sumak Kawsay e Pachamama) / Pedro Augusto Domingues Miranda Brandão. – Recife: O Autor, 2013.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 68/2011, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/1994. – 35. ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

CALEIRO, Manuel Munhoz. Constitucionalismo Latino-Americano, culturas indígenas e administração de justiça. Manuel Munhoz Caleiro, Carla Vladiane Alves Leite, Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c0e1fac1b114b4cf> >. Acesso em 19 de agosto de 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Branços” e interconstitucionalidade itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

CORAO. Carlos M. Ayala. Venezuela: de la constituyente de 1999 a la reforma constitucional de 2007. Universidad Nacional Autónoma de México, México 2009.

DANTAS, Ivo. Direito constitucional e instituições políticas. Edição Jalovi 1º ed, 1986.

DANTAS, Ivo. O Novo Constitucionalismo Latino-americano e o controle de Constitucionalidade. Disponível em <<file:///C:/Users/Rafael%20Beltrão/Documents/Venezuela/O%20NOVO%20CONSTITUCIONALISMO%20LATINO.pdf>> acesso em 15 de agosto de 2016.

DICIONÁRIO. Dicionário Enciclopédico de teoria e de sociologia do direito / sob a direção de André-Jean Arnaud ... [et al.] ; [tradução de: Patrice Charles, F. x. Willlaume]. – Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GARZA, José María Serna de la; Carlos M. AYALA CORAO. Processos constituyentes contemporâneos em América Latina tendencias y perspectivas: Venezuela: de la Constituyente de 1999 a la reforma constitucional de 2007. – México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.



INE, Instituto Nacional de Estadística. Censo sobre a população indígena realizado em 2011. Disponível em <<http://www.ine.gob.ve/documentos/Demografia/CensodePoblacionyVivienda/pdf/ResultadosBasicos.pdf>> acesso em 20 de agosto de 2016.

INESC, Instituto de Estudos Socioeconômicos. Disponível em <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20090918_01.pdf> acesso em 16 de agosto de 2016.

KORNBLITH, Miriam. Democracia Directa, Revocatoria de mandato em Venezuela. 2007. Disponível em: <<http://www.cholonautas.edu.pe/modulos/biblioteca2.php?IdDocumento=0515>> Acesso em 15 agosto de 2016.

LASALLE, Ferdinand. ¿Qué es una constitución? Berlín: 1862.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. De punto fijo a la constituyente: los bolivarianos, entre la acción y la reacción. In: TORRES LÓPEZ, Juan (Org.). Venezuela, a contracorriente: los orígenes y las claves de la revolución bolivariana. Barcelona: Icaria, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo Branco. Curso de direito constitucional. – 9 ed. rev. e atual, - São Paulo: Saraiva, 2014.

SADER, Emir; JINKINGS, Ivana. Enciclopédia contemporânea da América Latina e do Caribe. São Paulo: Boitempo, 2006.

SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Alianza Editorial. S.A.: Madrid, 1982.

SILVA, José Afonso da. Anais do Seminário Plebiscito e Revisão Constitucional: Sistemas de Governo da América Latina. Senado Federal – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Brasília: 1991.

SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25ª ed. Editora Malheiros, 2005.

VENEZUELA. [Constituição (1999)]. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999, 30 de diciembre). Gaceta Oficial de la República, Nº 36.860. [Extraordinaria], Marzo 24, 2000.

VENEZUELA. Ley orgânica de pueblos y comunidades indígenas. Disponível em <<https://www.cbd.int/doc/measures/abs/msr-abs-ve2-es.pdf>> acesso em 20 de agosto de 2016.

VICIANO, Roberto. MARTÍNEZ, Rubén. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. El nuevo constitucionalismo en América Latina. 1 ed. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010. Disponível em: <https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/34272355-Nuevo-Constitucionalismo-en-America-Latina.pdf?1352144011>. Acesso em 20 de julho de 2016.



.....

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa- Omega, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. Constitucionalismo Latino-Americano tendências contemporâneas. Antonio Carlos Wolkmer, Milena Petters Melo. Curitiba: Juruá, 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. Disponível em : <<http://www.abdcont.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>> acesso em 15 de agosto de 2016.

.....

DIREITO INTERNACIONAL





A EXTINÇÃO DA RESERVA NACIONAL DO COBRE E ASSOCIADOS (RENCA) SE CONSTITUI EM UM “ECOCÍDIO”?

CONSIDERAÇÕES À LUZ DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL

.....

Aurélio Agostinho da Bôaviagem¹
Jennifer Klein Ferreira de Lima²

1 INTRODUÇÃO

É cediço que a natureza vem sofrendo, há séculos, diversas intervenções prejudiciais originadas da conduta humana e que, atualmente, passou-se a perceber e delinear os contornos de tais atividades. Nesse sentido, vive-se em uma época em que se faz necessário proteger o meio ambiente e, se assim não se proceder, a humanidade está fadada a desaparecer.

Neste viés, a proteção ambiental passou a ganhar força, interna e internacionalmente, com o surgimento de diversas normativas para garantir a preservação da natureza e o desenvolvimento sustentável. Com isso, o direito internacional ambiental ganha mais força, pleiteando a adoção de ações conjuntas entre os países para evitar e sancionar condutas lesivas ao meio ambiente.

Mais precisamente, nos meses de agosto e setembro de 2017, a população brasileira se deparou com uma notícia alarmante: o presidente Michel Temer, decidiu, através de decreto, extinguir a Reserva Nacional do Cobre e Associados (RENCA), área de domínio estatal e vedada à exploração privada.

¹ Doutor em Direito - Área – Direito Privado - Universidade Federal de Pernambuco - Professor do quadro permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco.

² Especialista em Direito Judiciário e Magistratura do Trabalho (Faculdade Integrada de Pernambuco – FACIPE) e Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, vinculada à linha de pesquisa “Relações contratuais internacionais”.



Tendo em vista a perspectiva de proteção ambiental que permeia os estudiosos ambientais na atualidade, além de considerar o visível uso e desgastes dos recursos ambientais, a população nacional, mesmo a internacional, posicionaram-se contrariamente à medida.

Nesse sentido, e considerando a gravidade da medida governamental, este trabalho tem por escopo delinear as peculiaridades referentes à RENCA, com o objetivo de enquadrá-la como um ecocídio, um dos cinco crimes contra a humanidade propostos pelo Tribunal Penal Internacional. E essa verificação será realizada à luz os princípios do direito internacional ambiental, considerando a abrangência e a importância do tema.

2 OS PRINCÍPIOS DE DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL

O direito ambiental, nacional e internacional, surgiu das demandas para proteção da natureza, inclusive para impor uma sanção às atividades humanas prejudiciais.

Dentre os diversos problemas existentes atualmente no meio ambiente, podem ser elencados “o desaparecimento de espécies da fauna e da flora, a perda de solos férteis pela erosão e pela desertificação, o aquecimento da atmosfera e as mudanças climáticas, a diminuição da camada de ozônio, a chuva ácida” (GUERRA, 2007), dentre outros.

Diante desse quadro, os problemas ambientais podem ser divididos em três conjuntos: o da poluição ambiental (relativo às questões sobre as mudanças no clima global, as emissões de poluentes, a poluição da água e da atmosfera, os produtos radioativos) (GUERRA, 2007); o da diminuição dos recursos naturais (tais como a devastação de florestas, erosão do solo e a redução dos seres vivos marinhos) (GUERRA, 2007); e, o terceiro conjunto, cuidando das problemáticas de conteúdo social, como aquelas relacionadas à utilização da terra, da água, e às questões sanitárias (GUERRA, 2007). Nesse sentido, e considerando a abrangência de diversos problemas ambientais, os quais não se limitam a um determinado espaço físico, são erigidos princípios com vistas a uma maior proteção ambiental.



Aqui cabe fazer uma ressalva: MIALHE ressalta que, sob a ótica econômica ou utilitária, “toda forma de vida tem um valor intrínseco”, e lembra o preâmbulo da Carta Mundial da Natureza (Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas A/RES/37/7 de 28 de Outubro de 1982), no sentido de que toda espécie de vida “é única e merece ser respeitada, qualquer que seja a sua utilidade para o homem e, com o fim de reconhecer aos demais seres vivos o seu valor intrínseco, o homem deve guiar-se por um código de ação moral” (MIALHE, 2012, p. 198).

Para que se alcance uma proteção ambiental global, devem ser estabelecidos limites entre os países para que cada um deles possa respeitar os recursos ambientais do outro. Com isso, os Estados possuem deveres em suas relações internacionais, deles destacados: “evitar causar danos ao meio ambiente além das suas fronteiras nacionais; de prestar assistência ecológica (Princípio 18 da Declaração do Rio Janeiro de 1992)” (MIALHE, 2012, p. 203); “de realizar a avaliação das atividades que possam causar efeitos nocivos sobre o meio ambiente transfronteiriço (Preâmbulo da Convenção de Espoo de 1991)” (MIALHE, 2012, p. 203), dentre outros.

Para Alessandra Macedo, os princípios do Direito Ambiental possuem um caráter transnacional, não se limitando a apenas uma normativa internacional, mas sim, perpetuam-se através de diversas fontes (tratados internacionais, decisões, doutrina, leis internas, dentre outros) (MACEDO, 2002, p. 183).

Ainda de acordo com a autora, os princípios internacionais de direito ambiental podem ser divididos em subjetivos (resultantes da aproximação entre o direito ao meio ambiente e os direitos humanos), objetivos (representando uma unidade dos problemas ambientais, no sentido de serem globais) e normativos (com foco no conteúdo das normas protetivas do meio ambiente) (MACEDO, 2002, p. 183-184).

Com respaldo na subdivisão da referida autora, os princípios subjetivos podem ser subdivididos em: princípio da igualdade (no sentido de que todo e qualquer ser humano possui o direito de se utilizar de um meio ambiente equilibrado e saudável); princípio da publicidade (o poder público deve divulgar de forma ampla as atividades que lesionem, ou



arrisquem lesionar, o meio ambiente, bem como aquelas ações que façam referência à proteção ambiental); princípio da participação (a partir do momento em que os cidadãos são informados das questões relativas ao meio ambiente, podem participar ativamente dessas atividades, além do viés processual para requer ou ser sujeito passivo de tutela judicial); e o princípio da educação (no sentido de que a cultura acerca da proteção ao meio ambiente ocorre através da educação dada à população com vistas à preservação das gerações futuras) (MACEDO, 2002, p. 184-189).

Já os princípios internacionais objetivos, na ótica de Alessandra Macedo, correspondem ao princípio da integração (que possui dois sentidos, um referente à universalidade das questões ambientais e o segundo, especificado no princípio da transversalidade, o que representa a interdependência existente entre os diversos setores em que o ser humano atua quando lida com questões ambientais) e ao princípio da cooperação (com referência à atuação conjunta das pessoas e entes privados, bem como da sociedade internacional junto com o Poder público, almejando a devida proteção ambiental) (MACEDO, 2002, p. 189-191).

Quanto aos princípios normativos, referidos pela supracitada autora, estes se subdividem em: princípio da sustentabilidade (no sentido de aliar proteção ambiental e desenvolvimento); princípio da prevenção (parte do pressuposto de que os dispêndios relativos à restauração de um meio ambiente danificado, de uma forma geral, ultrapassam os benefícios decorrentes da atividade); princípio da redução (prevê a necessidade de redução dos prejuízos aos meio ambiente como uma de prevenção para que os problemas possam ser minimizados); princípio da precaução (se houver dúvida sobre o perigo de determinada atividade, deve-se eliminar a atividade lesiva, ou potencialmente lesiva, ao meio ambiente); e princípio do poluidor-pagador (todos que agridam, de alguma forma, o meio ambiente, devem pagar pelo prejuízo ambiental) (MACEDO, 2002, p. 191-197).

Apresentadas essas classificações e generalidades acerca do direito internacional ambiental, adiante serão tratadas as temáticas da RENCA e do ecocídio, assuntos estes que se correlacionam.



3 A RESERVA NACIONAL DO COBRE E ASSOCIADOS (RENCA)

No endereço eletrônico do Ministério de Minas e Energia do Brasil há um documento denominado de "Perguntas e Respostas", no qual se encontram as características da Reserva Nacional do Cobre e Associados: criada em 1984, a Reserva perfaz uma área de 46.450 km² destinada à pesquisa geológica pela Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais e de empresas de mineração autorizadas, e que se constitui em monopólio estatal (RENCA, perguntas e respostas).

A referida área encontra-se situada entre os estados do Pará e do Amapá e, atualmente, em seu bojo, existem sete unidades de conservação, dentre as quais três são classificadas como de proteção integral (Estação Ecológica do Jari, Parque Nacional Montanhas do Tumucumaque e Reserva Biológica de Maicuru), outras quatro especificadas como de uso sustentável (Reserva Extrativista Rio Cajari, Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Rio Iratapuru, Floresta Estadual do Amapá e Floresta Estadual do Paru), além de duas terras indígenas (Rio Paru d'Este e Waiãpi) (MARTINS, Governo..., 2017).

A área foi alvo de amplo conhecimento e comoção nacional e internacional através de fatos que remontam ao dia 22 de agosto de 2017, quando o presidente do Brasil, Michel Temer, editou o decreto nº 9.142 (MPF, Petição..., 2017, p. 2), determinando a extinção da referida Reserva, fazendo com que essa área ficasse disponível para exploração da atividade mineral pelo setor privado (MARTINS, Governo..., 2017).

A edição do referido ato normativo motivou a proposição de Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal no Amapá, com a finalidade de suspensão do decreto (MARTINS, MPF..., 2017).

A pressão, nacional e mesmo internacional, ensejou a edição de um novo decreto, de nº 9.147, em 28 de agosto de 2017 (revogando o Decreto nº 9.142), em que houve a manutenção da extinção da RENCA, "com novo texto que objetiva regulamentar a



exploração mineral apenas na área onde não haja sobreposição com unidades de conservação, terras indígenas e faixa de fronteira” (MPF, Petição..., 2017, p. 2).

Em sucessivo, mais precisamente em 05 de setembro de 2017, o Ministério de Minas e Energia, por meio de portaria, suspendeu, por 120 dias os efeitos do decreto presidencial, vedando assim, a abertura de qualquer procedimento administrativo em relação à RENCA, para que se procedesse a um amplo debate com a população acerca da abrangência e das consequências da medida presidencial (G1 POLÍTICA, 2017). E, em 25 de setembro de 2017, pelo Decreto nº 9.159, o governo federal revogou aquele que extinguiu a RENCA (BRASIL, Decreto nº 9.159, 2017).

Ainda assim, a importância do tema não se perde com a revogação, tendo em vista que, segundo o Ministério das Minas e Energia (MME), as razões para a extinção ainda estão presentes, fazendo com que esse assunto possa voltar à tona, e, nesse sentido, o ministro Fernando Bezerra Filho expressou: “O MME esclarece que as razões que levaram a propor a adoção do Decreto com a extinção da reserva permanecem presentes. O país necessita crescer e gerar empregos [...]” (CAMPOS, 2017). Acrescentou que “O debate em torno do assunto deve ser retomado em outra oportunidade mais à frente e deve ser ampliado para um número maior de pessoas, da forma mais democrática possível” (CAMPOS, 2017).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, §1º, III, dispõe:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (BRASIL, Constituição de 1988)

Nos termos do dispositivo legal supracitado, a ideia de um meio ambiente preservado, é direito de todo cidadão e, para assegurá-lo, o Poder Público deve definir



determinadas áreas como especialmente protegidas (dentre as quais se inclui a RENCA) e que a supressão dessas localidades só pode ocorrer por meio de lei.

Ressalte-se que este último requisito (supressão da área apenas por meio de lei), não foi observado pela medida presidencial, o que foi destacado na Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal do Amapá, na qual se postula, dentre outros pedidos, “a proibição da modificação ou supressão de espaços territoriais especialmente protegidos por instrumento normativo de hierarquia inferior à lei” (MPF, Petição..., 2017, p. 3).

Além disso, ainda de acordo com o Ministério Público Federal do Amapá,

Não houve, novamente por ocasião do novo Decreto nº 9.147/2017, a preocupação de informar os povos indígenas e comunidades tradicionais quanto à proposta de extinção da RENCA e de concessão da área para empreendimentos minerários particulares, a finalidade da atividade, as consequências de sua instalação ou a forma de funcionamento e manutenção. Não houve o cuidado de solicitar anuência ou de propiciar à comunidade manifestação quanto ao local de intervenção (MPF, Petição..., 2017, p. 9).

Ou seja, além de todos os problemas ambientais que poderiam resultar da extinção da RENCA, é de ressaltar o desrespeito às comunidades indígenas, diretamente afetadas pela medida presidencial, que não foram consultadas de forma prévia sobre o assunto.

Apresentadas as principais questões sobre a RENCA, no próximo tópico, será tratada a temática do ecocídio.

4 O ECOCÍDIO

No final de 2016, o Tribunal Penal Internacional (TPI), por meio de sua Procuradoria, decidiu incluir o “ecocídio” como um dos crimes contra a humanidade, significando uma devastação ampla do meio ambiente, com a conseqüente responsabilização, perante aquele Tribunal, dos agentes pelo dano ambiental que tiverem causado (MPF, Petição..., 2017, p. 5).



Ressalte-se que o Brasil, através do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, promulgou o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, fazendo com que as disposições deste Tribunal possam incidir internamente (BRASIL, Decreto nº 4.38, 2002).

Cumpra esclarecer que, formalmente, o ecocídio não se encontra disposto no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, conforme se pode compulsar no endereço eletrônico do TPI, ao dispor, em seu artigo 5º, que a competência do Tribunal Penal Internacional diz respeito aos crimes de genocídio, de guerra, de agressão e contra a humanidade (ESTATUTO DE ROMA DE LA..., 2011, p. 3).

Ressalte-se que, a tentativa de se qualificar o ecocídio como o quinto crime internacional remonta à época da realização da Conferência das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (COP21), ocorrida em Paris, em 2015 (RADIO FRANCE INTERNACIONALE, 2017).

De acordo com Valérie Cabanes, atuante na área do direito internacional e participante do *End Ecocide On Earth* ("Pelo Fim do Ecocídio na Terra"), a ideia do termo ecocídio apareceu há 50 anos, quando "os americanos usaram dioxina nas florestas durante a Guerra do Vietnã" (RADIO FRANCE INTERNACIONALE, 2017), e, nesse sentido, "queremos reviver essa ideia que considera que atentar gravemente contra ciclos vitais para a vida na Terra e ecossistemas deve ser considerado um crime internacional" (RADIO FRANCE INTERNACIONALE, 2017).

Ainda segundo Valérie, em 2014 e 2015, trabalhou-se no sentido de alterar as disposições do Estatuto de Roma do TPI, no que tange ao crime de ecocídio, principalmente se considerado o contexto ambiental atual, que, segundo ela, está em uma grave crise, "daí ser necessário regular o direito internacional em torno de um novo valor, o ecossistema da terra, e nós defendemos esta causa junto aos 124 países signatários do Tribunal Penal Internacional" (RADIO FRANCE INTERNACIONALE, 2017).

Valérie Cabanes ressalta:

Será um longo trabalho, porque reconhecer os direitos da natureza e do ecossistema implica em reconhecer que o homem não é o 'dono' da vida sobre a Terra, o que pressupõe uma nova concepção do Direito, baseada numa realidade



onde o homem é interdependente de outras espécies e do ecossistema. E isso implica também em reconhecer nossos deveres em relação às gerações futuras (RADIO FRANCE INTERNACIONALE, 2017).

Existe uma proposta de emenda ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, a fim de incluir o ecocídio como crime contra a humanidade. Passa-se a delinear alguns dos dispositivos dessa emenda (ECOCIDE AMENDMENTS' PROPOSAL, 2016).

De início, pode ser destacado de seu Preâmbulo, a "consciência dos países de que a segurança do planeta é de responsabilidade da comunidade internacional como um todo"³ (ECOCIDE AMENDMENTS' PROPOSAL, 2016, p. 1), bem como a "consciência de que os bens comuns podem ser negativamente afetados por ações que ocorrem dentro e fora das fronteiras nacionais"⁴ (ECOCIDE AMENDMENTS' PROPOSAL, 2016, p. 1).

Também é ressaltada a "consciência de que crimes graves contra o meio ambiente, em tempo de paz ou de guerra, ameaçam a paz, a segurança internacional e do planeta"⁵ (ECOCIDE AMENDMENTS' PROPOSAL, 2016, p. 1).

Após, é mencionada a proposta de mudança no artigo 5º do Estatuto de Roma, que define os crimes a serem punidos pelo TPI, ressaltando que "a competência da Corte deve se limitar aos crimes mais graves para a comunidade internacional como um todo"⁶ (ECOCIDE AMENDMENTS' PROPOSAL, 2016, p. 3), tendo a Corte "jurisdição de acordo com o Estatuto em relação aos seguintes crimes: (a) o crime de genocídio; (b) crimes contra a

³ Tradução livre realizada a partir do seguinte texto em língua inglesa: "Conscious that the safety of the planet is the responsibility of the international community as a whole".

⁴ Tradução livre realizada a partir do seguinte texto em língua inglesa: "Conscious that the global commons may be negatively affected by actions occurring both inside and outside national boundaries".

⁵ Tradução livre realizada a partir do seguinte texto em língua inglesa: "Conscious that serious crimes against the environment, whether in peacetime or wartime, threaten the peace, international security, and safety of the planet, [...]".

⁶ Tradução livre realizada a partir do seguinte texto em língua inglesa: Article 5: [...] "The jurisdiction of the Court shall be limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole [...]".



humanidade; (c) crimes de guerra; (d) o crime de agressão”⁷ (ECOCIDE AMENDMENTS’ PROPOSAL, 2016, p. 3) e, posteriormente, elenca-se a proposição de acréscimo da alínea “e”, para inclusão do crime de ecocídio.

A proposta de Emenda, ainda, propugna definir o crime de ecocídio (v. art. 8º ter), especificando que, quanto aos objetivos do Estatuto, “qualquer pessoa é culpada de ecocídio quando causa dano significativo e durável a qualquer parte ou sistema dos bens comuns globais (a) ou a um sistema ecológico da Terra (b)”⁸ (ECOCIDE AMENDMENTS’ PROPOSAL, 2016, p. 4). A definição de dano significativo possui uma ampla abrangência, e, quando está relacionado ao parágrafo 1(b) (lesionar um sistema ecológico da Terra), pode significar “a eliminação, obstrução ou redução em uma extensão que mina, ou cria um risco aumentado de minar, a resiliência do ecossistema da Terra”⁹ (ECOCIDE AMENDMENTS’ PROPOSAL, 2016, p. 4).

No que tange à definição de dano durável, esse pode ser explicado, dentre outros, pela “persistência do dano significativo, ou dos consequentes efeitos ambientais decorrentes do dano significativo, ou de um risco aumentado desses efeitos”¹⁰ (ECOCIDE AMENDMENTS’ PROPOSAL, 2016, p. 4). Por sua vez, em relação ao conceito de sistema ecológico, observa-se que este inclui, mas não está limitado (não representa um rol taxativo) a fontes de abastecimento como alimentos nutritivos, habitat, matéria-prima,

⁷ Tradução livre realizada a partir do seguinte texto em língua inglesa: Article 5: [...] “1. [...] The Court has jurisdiction in accordance with this Statute with respect to the following crimes: (a) The crime of genocide; (b) Crimes against humanity; (c) War crimes; (d) The crime of aggression; (e) The crime of ecocide”.

⁸ Tradução livre realizada a partir do seguinte texto em língua inglesa: Article 8 ter: [...] “1. For the purpose of this Statute, any person is guilty of ecocide who causes significant and durable damage to: (a) any part or system of the global commons, or (b) an Earth’s ecological system”.

⁹ Tradução livre realizada a partir do seguinte texto em língua inglesa: Article 8 ter: [...] “4. For the purpose of paragraph 1(b), “significant damage” means elimination, obstruction, or reduction to an extent that undermines, or creates an increased risk of undermining, the resilience of Earth’s ecosystem”.

¹⁰ Tradução livre realizada a partir do seguinte texto em língua inglesa: Article 8 ter: [...] “5. For the purpose of Paragraph 1, “durable damage” means the persistence of the significant damage, or of the consequential environmental effects arising from the significant damage, or of an increased risk of consequential environmental effects arising from the significant damage, on the date one year following the initial introduction or removal as determined by the United Nations Environmental Programme, or other internationally recognized institution specializing in global environmental monitoring Science”.



biodiversidade e recursos genéticos, minerais, água para irrigação, recursos medicinais e energia, dentre outros¹¹ (ECOCIDE AMENDMENTS' PROPOSAL, 2016, p. 5).

Acerca dos elementos caracterizadores, é possível vislumbrar a sua abrangência, seja quanto à ação a ser considerada ilícita ("o ato do agressor, a diretriz, a ordem ou as falhas para agir, direcionar ou ordenar uma violação do crime de ecocídio"¹²) (ECOCIDE AMENDMENTS' PROPOSAL, 2016, p. 7), seja em relação ao sujeito ativo, que pode ser uma "pessoa em posição efetiva de exercer controle sobre ou dirigir o uso de qualquer processo ou equipamento cuja preparação resultou em ecocídio"¹³ (ECOCIDE AMENDMENTS' PROPOSAL, 2016, p. 7) ou "para exercitar controle sobre ou para dirigir qualquer outra pessoa que cometa um ato de ecocídio"¹⁴ (ECOCIDE AMENDMENTS' PROPOSAL, 2016, p. 7).

No que tange à responsabilidade criminal, verifica-se a disposição do artigo 25 da proposta, o qual estabelece que o Tribunal terá competência sobre pessoas naturais e jurídicas, dentre as quais se inclui qualquer empresa, corporação, organização não governamental e sem fins lucrativos, ou qualquer governo ou outra entidade legal, inclusive diretor, sócio, acionista majoritário, líder, ou qualquer outra pessoa natural ou jurídica, dentro de uma organização que está em posição de responsabilidade superior que torna essa pessoa responsável por transgressões cometidas por pessoas sob sua

¹¹ Tradução livre realizada a partir do seguinte texto em língua inglesa: Article 8 ter: [...] "7. For the purpose of paragraphs 1(b) and 6(K), "ecological system" include but not limited: (b) Provisioning sources such as nutritious food, habitat, raw materials, biodiversity and genetic resources, minerals, water for irrigation, medicinal resources, and energy, [...]"

¹² Tradução livre realizada a partir do seguinte texto em língua inglesa: Article 9: [...] "1.The perpetrator's act(s), directive(s), order(s), or the failures to so act, direct, or order caused a violation of the crime of ecocide".

¹³ Tradução livre realizada a partir do seguinte texto em língua inglesa: Article 9: [...] "2.The perpetrator was a person, as defined in Article 25(1)(A-D), in a position effectively to exercise control over or to direct the use of any process or equipment whose deployment resulted in ecocide, [...]"

¹⁴ Tradução livre realizada a partir do seguinte texto em língua inglesa: Article 9: [...] "2.[...], or to exercise control over or to direct any other person that committed an act of ecocide".



autoridade direta (ECOCIDE AMENDMENTS' PROPOSAL, 2016, p. 10)¹⁵. Também pode ser qualquer membro do governo, primeiro ministro ou ministro que está em uma posição de responsabilidade superior que torna a pessoa responsável pelas transgressões cometidas por pessoas sob a sua autoridade direta¹⁶ (ECOCIDE AMENDMENTS' PROPOSAL, 2016, p. 10).

Feitas essas menções à Proposta de Emenda ao Estatuto de Roma, para inclusão do ecocídio, é momento de realizar algumas considerações sobre o enquadramento da questão da RENCA nesse tipo de delito.

5 CONCLUSÕES: A EXTINÇÃO DA RENCA PODE SER CONSIDERADA UM ECOCÍDIO À LUZ DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL?

Ainda que não haja menção expressa a todos os princípios de direito internacional ambiental na Proposta de Emenda ao Estatuto de Roma, ressalta-se a importância desses princípios para definir se o crime de que se cuida é um ecocídio, tendo em vista que eles fornecem o arcabouço normativo e teórico para proteção ambiental e para estabelecer as atividades que degradam a natureza, oferecendo um suporte para definição as condutas com grave lesão ao ambiente devam ser punidas como ecocídio.

¹⁵ Tradução livre realizada a partir do seguinte texto em língua inglesa: Article 25: [...] "1. The Court shall have jurisdiction over natural and fictional persons pursuant to this Statute. (a) For the purposes of this Article 25 (1), fictional persons shall include: any company, corporation, partnership, venture, non-governmental organization, business organization, not-for-profit organization, or any government or other legal entity, except that no sovereign nation or its agents shall be considered a person unless the sovereign or its agent is the owner or operator, directly or indirectly, of an instrumentality engaging in the alleged conduct. (b) For the purposes of this Article 25 (1), a person may also include: i. Any director, partner, majority shareholder, officer, leader, and/or any other person, natural or fictional, within an organization who is in a position of superior responsibility making that person responsible for offences committed by persons under his or her direct authority, [...]".

¹⁶ Tradução livre realizada a partir do seguinte texto em língua inglesa: Article 25: [...] "1. [...] ii. Any member of government, prime minister or minister who is in a position of superior responsibility making that person responsible for offences committed by persons under his or her direct authority, [...]".



Como já ressaltado, a RENCA engloba áreas de proteção em seu seio, as quais, como o próprio nome ressalta, necessitam de uma atenção maior por parte do Estado e da população para evitar que atividades lesivas àqueles espaços possam ocorrer.

Através da leitura da Proposta de Emenda ao Estatuto de Roma, entende-se que a extinção da RENCA, medida adotada pelo Poder Executivo Federal pode ser enquadrada como um "ecocídio", o quinto crime contra a humanidade reconhecido pelo Tribunal Penal Internacional. Passa-se a elencar os motivos.

Ao se levar em consideração os princípios internacionais ambientais, observa-se que a extinção da RENCA representa uma transgressão a diversos princípios internacionais ambientais, como, por exemplo, uma ofensa ao princípio do desenvolvimento sustentável (desenvolver economicamente área com prejuízo para o meio ambiente), ao princípio da prevenção (a partir do momento em que se causa um dano direto ao meio ambiente, ao invés de prezar por sua preservação, inclusive se considerarmos a RENCA como uma unidade de conservação da natureza, conforme art. 225, §1º, III, da Constituição Federal), ao princípio da publicidade, visto que a extinção foi imposta, inicialmente, sem debate com a população como um todo e nem com o povo diretamente afetado que vive naquele área.

Especificamente quanto à Proposta de Emenda, em seu preâmbulo, é ressaltada a necessidade de consciência dos países de que a segurança do planeta é de responsabilidade de todos, que pode ser relacionado com a RENCA, já que apesar dela estar restrita ao âmbito interno do Brasil, o meio ambiente é de responsabilidade de todos e o dano a ele, ainda que em uma área específica de um país, representa uma ofensa a toda a comunidade internacional.

No que tange à definição do crime de ecocídio, observa-se que a extinção da RENCA nele poderá se enquadrar, tendo em vista que ela representaria um dano significativo e durável de um sistema ecológico da Terra. O dano significativo existiria a partir do momento em que a extinção da RENCA poderia eliminar, obstruir, reduzir ou criar um risco de extinguir a capacidade de resistência do ecossistema, ao se considerar os



danos causados pela extração mineral e outras atividades lesivas ao solo para que a extração mineral ocorra. Já quanto ao conceito de dano durável, observa-se que ele também pode ser enquadrado no caso da RENCA, considerando que o dano significativo irá persistir com riscos de efeitos prologados para o meio ambiente, ao se considerar a possibilidade de não regeneração da área afetada ou, se existir possibilidade de sua reabilitação, ela não ocorrerá de forma rápida.

Quanto ao conceito de sistema ecológico, nele pode ser enquadrada a RENCA, ao se considerar que esta área representa um habitat, possui matéria-prima, biodiversidade, recursos minerais, dentre outros exemplos citados anteriormente para definição desse sistema.

Já em relação aos elementos caracterizados do crime, considerando sua abrangência para definir o respectivo sujeito ativo, no caso do RENCA, este poderia ser enquadrado como uma pessoa em posição efetiva de exercer o controle ou direcionar o uso e qualquer processo ou equipamento cuja atividade resulte em um ecocídio, além da própria conduta a ser considerada ilícita, como uma ordem ou diretriz para que alguém aja em direção a uma violação a ser considerada como ecocídio.

No mais, também considerando a questão da responsabilidade criminal, devido à sua amplitude, qualquer corporação, empresa, governo ou entidade legal, dentre outros, podem ser responsabilizados pelo crime de ecocídio, além da possibilidade de responsabilização de qualquer membro do governo, situação que se vislumbra no caso da RENCA.

Diante de todo o exposto, e considerando que o presente trabalho não tem por objetivo esgotar o tema em análise, que se configura como muito abrangente e atual, foram apresentados algumas generalidades e particularidades sobre a extinção da RENCA, para fins de defender que o seu desaparecimento representaria um crime contra a humanidade, por se enquadrar no conceito de ecocídio e ofender diversos princípios constitucionais ambientais.



REFERÊNCIAS

- BRASIL. Congresso Nacional. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso: 07 nov. 2017.
- BRASIL. *Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso: 19 nov. 2017.
- BRASIL. *Decreto nº 9.159, de 25 de setembro de 2017*. Revoga o Decreto no 9.147, de 28 de agosto de 2017, que dispõe sobre a Reserva Nacional de Cobre e seus associados - Renca, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9159.htm>. Acesso: 19 nov. 2017.
- BRASIL. Ministério de Minas e Energia. *Perguntas e Respostas: Reserva Nacional do Cobre e Associados (RENCA)*. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/documents/1138775/32082396/Perguntas+e+Respostas+-+Renca+.pdf/96641130-6057-4711-bc59-f1863676c5de>>. Acesso: 03 nov. 2017.
- CAMPOS, João Pedroso de. Temer decide revogar decreto de extinção da Renca. *Veja*. 25 set. 2017. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/brasil/temer-decide-revogar-decreto-de-extincao-da-renca/>>. Acesso 07 nov. 2017.
- ECOCIDE AMENDMENTS' PROPOSAL. 14p. Disponível em: <http://valericabanes.eu/wp-content/uploads/2016/06/ICC-Amendments-Ecocide-ENG_June21-2016.pdf>. Acesso: 10 nov. 2017.
- ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2011. 58p. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Esp.pdf>>. Acesso: 08 nov. 2017.
- GUERRA, Sidney Cesar Silva. Direito Internacional ambiental: breve reflexão. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. Vol. 2, n. 2, Julho/Dezembro 2007. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/191/183>>. Acesso: 01 nov. 2017.
- G1 POLÍTICA. Ministério publica portaria que suspende efeitos do decreto da Renca. *Globo.com*. 05 set. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/ministerio-publica-portaria-que-suspende-efeitos-do-decreto-da-renca.ghtml>>. Acesso: 06 nov. 2017.
- MACEDO, Alessandra Correia Lima. Os princípios internacionais do direito ambiental. *Verba Juris* – ano 1, n. 1, jan./dez. 2002, p. 178-199. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/view/14781/8345>>. Acesso: 02 nov. 2017.
- MARTINS, Helena. Governo extingue Reserva Nacional do Cobre e Associados. 23 agosto 2017. *Empresa Brasil de Comunicação (EBC) Agência Brasil*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-08/governo-extingue-reserva-nacional-do-cobre-e-associados>>. Acesso: 04 nov. 2017.



_____. MPF pede suspensão dos efeitos do decreto que extingue Reserva Nacional do Cobre. 28 agosto 2017. *Empresa Brasil de Comunicação (EBC) Agência Brasil*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-08/mpf-pede-suspensao-dos-efeitos-do-decreto-que-extingue-reserva-nacional-do>>. Acesso: 04 nov. 2017.

MENDONÇA, Heloísa. Temer reage a críticas com novo decreto que mantém mineração em zona da Amazônia. *El País*. 29 agosto 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/29/politica/1503961054_236858.html>. Acesso: 05 nov. 2017.

MIALHE, JORGE LUIZ. Elementos de Direito Internacional Ambiental. *Caderno Unisal, Centro Universitário Salesiano de São Paulo*. 2012, p. 197-208. Disponível em: <<http://www.salesianocampinas.com.br/unisal/downloads/art08cad04.pdf>>. Acesso: 02 nov. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria da República no Amapá. *Petição de aditamento ao pedido na Ação Civil Pública nº 1000584-04.2017.4.01.3100*. 12p. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/ap/sala-de-imprensa/docs/2017-001167-78-acp-renca-aditamento-pedido.pdf>>. Acesso: 07 nov. 2017.

RADIO FRANCE INTERNACIONALE. Tribunal Penal Internacional reconhece 'ecocídio' como crime contra a Humanidade. *Empresa Brasil de Comunicação (EBC) Agência Brasil*. 11 fev. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-02/tribunal-penal-internacional-reconhece-ecocidio-como-crime-contra>>. Acesso: 09 nov. 2017.

.....



DIPLOMACIA PÚBLICA AMERICANA

MEIO AMBIENTE, SOFTPOWER E O JORNALISMO INTERNACIONAL

.....

Thiago Diniz do Nascimento¹
Virginia de Carvalho Leal²

1 INTRODUÇÃO

Diferente da Diplomacia Oficial em que os líderes mundiais se comunicam em níveis mais altos e em que as decisões tomadas são, em algumas situações, de gabinete e sem consulta popular, a Diplomacia Pública pode ser descrita como as diversas formas e ferramentas por meio das quais um país se comunica com os cidadãos de outra nação na tentativa de criar uma imagem positiva. Os impactos deste diálogo são observados diretamente com o público da nação estrangeira, com a mídia deste país ou através de Organizações Não-Governamentais. Alguns países – especialmente após a descolonização – se utilizaram deste instrumento a partir de organizações de promoção e fomento à cultura como a *Alliance Française* (França), o *The British Council* (Reino Unido) e o *Instituto Cervantes* (Espanha).

No entanto, o ataque às Torres Gêmeas no dia 11 de setembro de 2001 marcou uma nova relação do homem com ele mesmo no campo das relações internacionais. Países se tornaram cada vez mais distantes entre si e as fronteiras, antes delimitadas em mapas, agora estão no imaginário popular e se desenham também em redes sociais e no noticiário internacional. Tendo acontecido em solo norte-americano, o evento definiu uma nova relação do governo dos Estados Unidos da América com o mundo. Em relação ao

¹ Coordenador do Curso de Publicidade e Propaganda das Faculdades Integradas Barros Melo. Mestre em Marketing pela Universidade de Huddersfield, Reino Unido.

² Doutorado em Direito pela Universidade de León, Espanha. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Professora de Direito Ambiental na Universidade Federal de Pernambuco, nas Faculdades Integradas Barros Melo e na Faculdade Nova Roma/FGV.



O Oriente Médio, as decisões imediatas da administração Bush causaram um impacto negativo na imagem norte-americana que se alastrou por outras regiões e, graças à cobertura jornalística dos meios de comunicação, atingiu também diversas partes do mundo. Nesse sentido, alguns estudos têm como foco a crise que se estabeleceu entre os EUA e antigos aliados árabes e como usar a diplomacia pública para minimizá-la (AMR, 2004; NYE JR., 2003).

Outros autores, no entanto, procuram encontrar motivos pelos quais os Estados Unidos não são mais tão admirados pelo mundo ocidental como costumavam ser, especialmente durante os anos da Guerra Fria (FITZPATRICK, 2008). Sendo assim, algumas características da Diplomacia Pública que se mostraram bastante eficientes dos anos pós-guerra até o 11 de setembro, não reverberaram no cenário atual. Porém, novas agendas têm também cobrado protagonismo nesse cenário, à exemplo da agenda ambiental.

Ao mesmo tempo em que tem sido debatido a respeito do impacto das decisões de Washington sobre o mundo árabe, sobre as questões ambientais, pouco se discute a respeito das consequências nas relações norte-americanas com os países da América Latina. Fatos como a decisão do governo de Donald Trump em revisar o acordo de aproximação com Cuba anteriormente aprovado por Barack Obama, suas declarações e ações em relação às políticas ambientais, sua retirada do Acordo de Paris, os constantes ataques do governo Nicolás Maduro da Venezuela a administrações estadunidenses e até a construção do muro na fronteira com México têm trazido à tona um novo ingrediente ao tema da Diplomacia Pública: uma cobertura jornalística mais crítica dos Estados Unidos, o que pode gerar uma imagem mais distante dos objetivos do país na região.

O posicionamento de Donald Trump em relações à agenda ambiental, tanto durante a sua campanha eleitoral como após as eleições estadunidenses, tem sido alvo de severas críticas por parte da cobertura jornalística de vários países, da América Latina ou europeus, tendo assumido inclusive, por diversas vezes, um papel preponderante nos noticiários e até por parte do Vaticano.



Historicamente, os laços sempre foram mais fortes com o Brasil haja vista o confirmado patrocínio ao Golpe Militar de 1964 exposto no documentário “O Dia que Durou 21 anos”. Mesmo assim, é importante tentar entender como a imprensa constrói a imagem de um país estrangeiro para os cidadãos nacionais.

Desse modo, o propósito deste estudo é a respeito da Diplomacia Pública considerando o caso dos Estados Unidos da América e as Editorias de Internacional dos dois maiores jornais de Pernambuco em tiragem entendendo tais editorias como possíveis agentes multiplicadores de imagem internacional do país. Tema importante dentro das estratégias de Diplomacia Pública, a promoção da cultura nacional para outras nações é examinada considerando a cobertura jornalística de Editorias de Internacional.

2 DIPLOMACIA PÚBLICA

Segundo a Agência de Informação dos Estados Unidos, Diplomacia Pública (DP) tem como objetivo:

“Promover o interesse e a segurança dos Estados Unidos através da compreensão, informação e influência de públicos estrangeiros bem como aumentar o diálogo entre instituições norte-americanas e suas equivalentes de outros países” AMR (2004, p 4).

Outro objetivo da Diplomacia está justamente no aumento das comunicações entre países de modo a aumentar as relações de admiração e confiança. Neste cenário, os meios de comunicação, que podem ser oficiais ou privados, desempenham papel fundamental na condução de uma imagem proposta (BAYLES, 2005). O jornalismo surge como ferramenta importante no atingimento deste objetivo já que a mensagem a ser divulgada conta com a credibilidade do profissional ou do veículo de comunicação.

Por outro lado, em um mundo em que o receptor da mensagem hoje se torna emissor, este controle sobre a imagem de determinada nação perante outra cai drasticamente. Aliado a isto, desde 2003, houve uma queda nos investimentos em Diplomacia Pública por parte do governo dos Estados Unidos. (BRZEZINSKI 2004 apud



FROELICH, 2005) também observa a importância do uso de ferramentas de Diplomacia Pública como fator catalisador para o desmantelamento do comunismo entre os países europeus tendo a Polônia, e sua admiração pelo modo de vida ocidental, como ponto de partida.

Mesmo assim, a relação de boa vizinhança com o mundo ocidental explícita através de filmes, músicas e do *American Way of Life* mostravam os Estados Unidos como a terra das oportunidades e da liberdade, conceitos que são, hoje, timidamente associados à marca-país americana – um dos exemplos mais recentes dessa nova compreensão da imagem estadunidense foi a reação do governo Trump à crise de refugiados. É claro que com o avanço da tecnologia, fica mais difícil para qualquer nação controlar a sua imagem no exterior.

A literatura também mostra que o *hard power* (uso da força militar e/ou embargos econômicos) tem sido utilizado com mais frequência em detrimento do *soft power* (ações que envolvem informação, turismo, meio ambiente, cultura e educação e da qual faz parte a Diplomacia Pública). Desse modo, quanto maior for a força empregada em uma tomada de decisão (por exemplo, o veto à entrada de nacionais Irã, Síria, Iêmen, Somália, Sudão e Líbia nos Estados Unidos sob argumento de garantir a segurança nacional) maior será a reação à ela.

Por outro lado, FITZPATRICK (2008) mostra que durante a administração Reagan, os gastos em ações de DP aumentaram consideravelmente, muito embora a Agência de Inteligência Americana tenha definido que *“destruir o comunismo”* era apenas o 11º objetivo das ações de Diplomacia Pública naquele momento. Até o final da década de 90 do século XX, o programa *“A Voz da América”* era exibido em mais de 150 países e a promoção cultural de ideais americanos acontecia por meio de exposições de arte e programas educacionais de intercâmbio. É preciso lembrar ainda que este presidente utilizou com veemência o *hard power* especialmente em nações latino-americanas que ameaçassem sair da esfera de influência de Washington.



Os estudos de SNOW (2002), mostram que o mundo ocidental é, hoje, cada vez menos pró-americano. A estratégia diplomática após o 11 de setembro aliada a uma forma de comunicação complexa tornaram a nação americana menos simpática especialmente entre europeus e canadenses, tradicionais aliados. E essa visão tende a agravar-se diante da postura dos EUA em questões e temas ambientais.

Nesse sentido, para AMR (2004), o mundo passou a repelir mais os ideais americanos uma vez que algumas normas comuns de Diplomacia Pública deixaram de ser colocadas em prática. Segundo ele:

- a) Ter a Diplomacia Pública como Prioridade: A Diplomacia Pública precisa ser priorizada e estar de acordo com as decisões de diplomacia oficial de um país. Para ter efeito, é preciso um orçamento específico e interessante.
- b) Eficiência de ações de DP necessitam de coordenação: Todas as instâncias de governo (Secretaria de Estado, Subsecretaria de Diplomacia Pública e Conselho de Segurança Nacional) precisam andar de mãos dadas a partir de ações coordenadas.
- c) Para ações no exterior, não existe uma única fórmula: No mundo islâmico, por exemplo, existe uma complexidade e heterogeneidade de comportamento, acesso à informação e riqueza. O mesmo se repete em outras regiões e desse modo, é preciso compreender as diferenças regionais antes de tomar uma decisão.
- d) Aumentar programas de intercâmbio é essencial: Programas como a Fullbright devem ser enfatizados uma vez que ao entrar em contato com a cultura norte-americana, o estudante pode passar a admirá-la e, ao voltar ao país de origem, espalhá-la entre os seus.

Este último ponto, no entanto, é confrontado nas palavras do próprio senador William Fullbright:

“Eu rejeito absolutamente qualquer opinião que mostre nosso sistema de educação e cultura como armas ou instrumentos de combate. Não há nem haverá espaço para interpretar este programa como propaganda” (ROTH, 1984, p. 371.)



Em regiões onde existe um crescente sentimento anti-americano, naturalmente fica mais difícil implementar tais idéias. Os meios de comunicação também podem agir de modo independente para contribuir para a melhoria ou deterioração de uma imagem (JOHNSON e DALLE, 2003). Corroborando com esta idéia, FROELICH (2005) mostra que algumas decisões do governo George W. Bush que teriam um impacto positivo imediato, considerando o país como única potência econômica mundial, foram condenadas pela mídia. A unilateralidade do ataque ao Iraque sob o pretexto de fabricação de armas de destruição de massa chegaram, para a cobertura de mídia, como um efeito dominó. Por outro lado, o Governo Donald Trump tem sido criticado com veemência por veículos de comunicação e jornalistas em função de decisões de repercussão internacional que comprometeram a imagem positiva dos Estados Unidos, sendo também uma das suas piores posturas aquelas relacionadas com a preservação do meio ambiente e a redução do aquecimento global.

O efeito *“Trump slump”* já se observa também em áreas como a de Turismo. Dados da U.S. Travel Association (Associação de Viagens dos Estados Unidos) mostram que no primeiro trimestre desse ano, houve uma entrada de 7,3 milhões de visitantes internacionais (excluindo Canadá e México), ou seja, uma queda de 7,8% em relação ao mesmo período do ano passado. O decréscimo foi notado em quatro dos primeiros sete meses do ano, mas foi mais percebido nos meses de fevereiro e março, que apresentaram queda de 6,8% e 8,2%, respectivamente. Segundo PIRES (2017),

A queda de desembarques internacionais nos EUA alimenta o receio de que a política vigente esteja afastando os turistas, sendo um dos efeitos *“Trump slump”*. Principalmente porque as quedas foram mais observadas nos meses seguidos à posse do presidente norte-americano.

Por outro lado, o aspecto transnacional da cultura é apresentado por Bhabha (2003) ao afirmar que a cultura é transnacional porque os discursos pós-coloniais contemporâneos estão enraizados em histórias específicas de deslocamento cultural como no caso do trânsito de refugiados econômicos, políticos e ambientais dentro e fora do Terceiro Mundo. Muito embora o simulacro representado pelo discurso de



internacionalismo por parte de Multinacionais, redes de tecnologia ou mesmo de governos, o que há, segundo o autor, são “circuitos viciosos do *superávit* que ligam o capital do Primeiro Mundo aos mercados de trabalho do Terceiro Mundo através das cadeias da divisão internacional do trabalho”. Bhabha ainda propõe o nacionalismo anglo-americano que articulou seu poder econômico e militar em episódios de conflitos como os das Ilhas Malvinas ou os da Guerra do Golfo se alastram para questões culturais na tentativa de estabelecer influência hegemônica sobre as ordens de informação do mundo ocidental e mais especificamente na sua mídia.

Nesse sentido, ao apostar na “fixidez” como forma de imposição de discurso, Bhabha afirma que o estereótipo é a principal estratégia discursiva. Nesse sentido, os esforços de Diplomacia Pública Norte-Americana no *soft power* teriam como objetivo mostrar os Estados Unidos como o “capitão do mundo livre” ou “a terra das oportunidades” por meio de signos representados em filmes, livros e músicas. O autor apresenta ainda a dicotomia do estereótipo que demonstra o ideal cultural americano como pioneiro e masculino em detrimento de uma ameaça estrangeira por raças e culturas supostamente inferiores – suposição esta confirmada pelo discurso do presidente Donald Trump.

Já no tocante à Diplomacia Pública e cultura, ARNDT (2007) defende que as relações culturais ocorrem naturalmente entre pessoas de diferentes nações como resultado de comércio, intercâmbio cultural, turismo, entretenimento e comunicação. Mas a Diplomacia Cultural apenas acontece quando um governo decide apoiar programas que visem promover o interesse nacional em outros países.

Com relação à Diplomacia Pública e meio ambiente, os Estados Unidos, além de influenciar a economia mundial e a expansão do capitalismo moderno através das novas tecnologias, produtos e maneiras de produzir, paradoxalmente também foi o país a desenvolver as primeiras leis ambientais e onde surgiram os primeiros grupos ambientalistas. Apesar de grande consumidor de recursos naturais e de promover um desenvolvimento industrial e tecnológico ofensivo, o mesmo tempo sempre existiu um



atenção e expectativa com relação à postura estadunidense às políticas ambientais, uma expectativa – por que não dizer – mundial.

Ainda em campanha pré-eleitoral Trump fez diversas declarações sobre temas relacionados à questão ambiental, afirmando não acreditar na existência das mudanças climáticas e que, se eleito, retiraria os Estados Unidos do Acordo de Paris, além de limitar o poder da agência ambiental americana (EPA) e paralisar programas de redução de emissões instituídos pela administração Obama.

Com tal postura, Trump não demonstrava muita preocupação com a imagem externa que os Estados Unidos poderia ganhar, principalmente advindas dos países europeus. Por outro lado, suas declarações e posicionamentos certamente influenciariam negativamente outros países – a exemplo da China – e aqueles em vias de desenvolvimento mas às voltas com grandes problemas ambientais, que reduziram seus investimentos nesta área sob a alegação de que os Estados Unidos - a nação mais rica do mundo e das mais poluentes - estaria fazendo o mesmo.

3 JORNALISMO INTERNACIONAL CONSTRUINDO IMAGENS

O Jornalismo Internacional surge como uma das principais ferramentas de construção de imagem de um país em relação a outro (NATALI, 2004). O autor define ainda que algumas variáveis específicas devem ser observadas:

- a) Quantidade de Títulos - Em função da grande quantidade de títulos jornalísticos, o interesse pela notícia internacional se perde absolutamente. O que pode ser mais interessante para o jornal de um país cobrir, pode passar em branco para o periódico de outra nação.
- b) Distanciamento da Fonte - Diferente das outras editorias, o jornalista internacional, na maior parte das redações, encontra-se bastante distante da fonte e, em algumas situações, até do fato em si. Desse modo, como estabelecer prioridades e prever possíveis interpretações da notícia?



c) O fim da Guerra Fria – Este é um tema que, segundo o autor, mudou paradigmas na cobertura de assuntos internacionais. De acordo com ele, o mundo era dividido entre duas idéias antagônicas, o que tornaria muito mais fácil para o leitor identificar posicionamentos políticos que, sem dúvida, existem na cobertura jornalística. Em um mundo menos polarizado, como fazer com que a notícia não incorpore interesses de uma superpotência absolutamente hegemônica?

d) O papel da Agência de Notícias – Aqui o autor é ainda mais crítico. Se o jornalismo internacional nasceu com a própria profissão, as agências de notícias nasceram entre os vitoriosos da 2ª. Guerra Mundial em países democráticos (o que seria evidente pela liberdade de imprensa vigente). Ou seja, as Agências de Notícias nasceram em países vitoriosos como instrumento de conservação do *status quo*. Entre elas estão a AFP (França), Reuters (Reino Unido) e a Associated Press (Estados Unidos da América).

O Noticiário Internacional também assume um novo papel dentro da realidade colaborativa de informação. Novas ferramentas como Youtube, Facebook, Blogs e Wikis fazem com que a opinião pública mundial tenha mais valor ainda. Muitas vezes não sendo necessariamente jornalísticas as opiniões de youtubers ou de grupos de Facebook, elas podem ser levadas em conta a partir de critérios como page views, resposta e credibilidade da mensagem.

4 ANÁLISE DE ENTREVISTA

Como parte da análise deste estudo, foi realizada uma entrevista o Editor do Caderno Internacional do Jornal do Commercio (PE), Leonardo Spinelli e com o Editor do Caderno de Internacional do Diário de Pernambuco, Kauê Diniz. Algumas reflexões a respeito do assunto abordado merecem destaque.

O trabalho se baseou em uma pesquisa de caráter exploratório. Este é um tipo de pesquisa que tem como objetivo principal o auxílio na compreensão da situação-problema enfrentada pelo pesquisador (MALHOTRA, 2006). Os dados secundários foram colhidos



em livros, artigos, relatórios e publicações a respeito do assunto específico (Diplomacia Pública e Jornalismo Internacional) tendo por base os estudos de FITZPATRICK (2008), SNOW (2008), AMR (2004) e NATALI (2004). Já os dados primários foram conseguidos a partir de entrevista com a Editora de Internacional do Jornal do Commercio de Pernambuco e com a Editoria de Internacional do Diário de Pernambuco. “A pesquisa qualitativa é uma metodologia de pesquisa não estruturada e exploratória baseada em pequenas amostras que proporciona percepções e compreensão do contexto do problema” (MALHOTRA, 2006).

A estrutura deste tipo de pesquisa é bastante flexível permitindo que diferentes idéias que possam surgir durante o estudo possam ser exploradas. Neste caso, as hipóteses são muitas vezes vagas, pouco definidas e até inexistentes. As principais características da pesquisa exploratória qualitativa são: a informalidade, já que são feitas sem uma estrutura prévia e geralmente através de pesquisas pessoalmente; a flexibilidade, devido ao fato de não ter um questionário fechado, é possível se aprofundar ou não em determinados assuntos dependendo do entrevistador; e a criatividade, já que muitas perguntas podem ser formadas no ato da pesquisa, de acordo com as respostas do entrevistado.

A escolha da amostra para colher os dados primários foi por conveniência. A ideia foi estabelecer paralelos entre o que aborda a teoria de Diplomacia Pública, a importância do jornalismo internacional como ferramenta de construção de imagem e a editoria.

5 ENTREVISTAS

Ao desconhecer o significado do termo “Diplomacia Pública”, o Editor do Diário de Pernambuco aponta que para ele, o termo Diplomacia já determina a relação entre países. Sobre a questão de imagem do governo americano e os reflexos na cobertura jornalística, o profissional afirma que

“Há realmente uma crítica maior ao presidente Donald Trump, que já vem desde a campanha eleitoral do ano passado. O temor pelo que ele representa nos ideais pelos quais faz questão de divulgar, sobretudo de nacionalismo exacerbado



e preconceito a outros povos, colocou na só a América Latina, acredito eu, como boa parte da Europa reticente a seu governo. Isso podemos escutar também em conversa que temos com embaixadores de outros países que visitam Pernambuco”.

Mesmo assim, ele não aponta nenhuma tentativa clara da administração americana em reverter tal tipo de imagem. Sobre a questão da cultura como pauta para ajudar a compreender um posicionamento mais positivo do país, o jornalista aponta que

“(...)um resultado eficaz seria mais na área econômica, com algum avanço na pauta de negócios, e, sobretudo, na questão do visto de entrada no país. Se essa burocracia foi diminuída, como o presidente anterior, Barack Obama, vinha tratando, com certeza poderia mudar um pouco dos olhos dos brasileiros em geral ao presidente Trump”.

Ainda sobre o papel das Agências de Notícias, ele comenta que a produção do veículo é fundamental para evitar incompreensões ou desvios do fato

“No Diário de Pernambuco, de alguma forma, conseguimos minimizar os efeitos em relação a um material com esse intuito das agências porque utilizamos bastante textos do Correio Braziliense – jornal que faz parte do mesmo grupo. Eles têm uma equipe própria que acompanha o noticiário internacional e desenvolve os próprios textos a partir do conceito e visão deles. De qualquer forma, além de utilizarmos textos das agências quando necessário, tentamos também acompanhar o desenrolar dos fatos para evitar excessos. Mas com certeza termina-se criando nesse noticiário internacional, muitas vezes, "mocinhos" e "bandidos". Hoje, por exemplo, nesse segundo hall temos Venezuela e Coreia do Norte.

A respeito dos pontos levantados por NATALI (2004), o jornalista fala que existe sim um distanciamento da notícia uma vez que são poucos os veículos que mantêm sucursais no exterior. O uso de agências de notícias, desse modo, é freqüente e ele aponta apenas a France Press como puramente internacional. Para construir a notícia, a Editoria precisa encontrar a matéria que traga mais visões sobre o mesmo fato. Mesmo se distanciando mais dos fatos, a imprensa é mais apaixonada quando o fato tem a ver com o país do jornal. A imprensa americana é mais apaixonada na cobertura do 11 de setembro, assim como foi a brasileira no caso da extradição de cidadãos brasileiros na Europa. O jornalista concorda com os pontos levantados por FITZPATRICK (2008) e vai além. A antipatia mundial a Trump gera uma cobertura parcial, o que de certa forma podia ser claramente



visto nas coberturas dos temas e polêmicas ambientais, o que é natural diante da condução da política internacional desde as últimas eleições.

Já o Editor de Internacional do Jornal do Commercio de Pernambuco, Leonardo Spinelli também desconhece o termo “Diplomacia Pública” – embora reconheça que países tentam influenciar uma cobertura mais favorável como o caso de Israel e Noruega – e acredita que há uma abordagem desfavorável a Trump por parte dos jornalistas:

Tirando blogs focados no público conservador e de direita, dificilmente se acha na imprensa brasileira e, possivelmente latino-americana, alguma abordagem totalmente favorável a Trump. Isso tem muito a ver com o estilo do presidente e sobre suas prioridades de campanha que, de forma geral, pregava perseguição aos trabalhadores ilegais que vivem naquele país, que são em grande parte hispânicos, latinos. É um quadro diferente em relação à Obama que tinha uma imagem pública mais favorável no continente.

Por outro lado, o jornalista apresenta a Venezuela como foco de atenção dos americanos na América Latina:

Não acredito que o atual governo dos EUA tenha interesse diplomático específico no Brasil. O que já lemos a respeito é que o governo Trump tem um maior interesse na situação da Venezuela e vê a situação atual brasileira como passageira, assim como o atual mandatário Temer.

Ainda sobre uma possível cobertura mais pró-americana da imprensa brasileira em relação à de outros países do continente latino-americano, o Editor acredita que isso acontecerá apenas se ocorrerem fatos. O Brasil, segundo ele, está mais atento a assuntos internos e o país parece ter perdido o protagonismo internacional que havia conquistado. Por outro lado, o profissional não reconhece a cultura como pauta que gera reposicionamento de imagem, mesmo que concorde com a teoria de Bhabha a respeito da influência cultural dos Estados Unidos da América na região. Sobre os temas do jornalismo internacional, ele afirma que:

os maiores destaque hoje em dia abordam os conflitos entre nações e grupos de nações. Essa característica vem desde muito tempo, mas podemos notar uma atenção maior no conflito israel-palestino desde o fim da guerra fria. Estamos num momento de incertezas, como a eleição de Trump nos EUA e o Brexit do Reino Unido da União Europeia, enquanto a Rússia tenta se aproveitar para ganhar



influência em outras partes ao redor da Europa, como no caso da Crimeia, e na guerra da Síria. Esses fatos por si só atraem a atenção das pessoas.

6 CONCLUSÕES E LIMITAÇÕES DE ESTUDO

As ações de Diplomacia Pública ainda são um tema que gera uma série de opiniões. Muito embora a definição seja em torno de ações coordenadas que têm por objetivo promover a imagem de um país no exterior, a cobertura jornalística procura atentar-se mais aos fatos do que necessariamente a estratégias de influência de um ou outro governo estrangeiro. Por outro lado, uma nova abordagem sobre a produção de conteúdo – notadamente via agências de notícias – pode gerar uma cobertura que vai além do que está proposto na concepção da Diplomacia Pública.

Fundadas no período pós-guerra pelos países vencedores, as agências de notícias contribuíram significativamente para preservar o *status quo* dessas nações no mundo. O jornalismo internacional tem como característica única um certo distanciamento da fonte – especialmente no caso dos jornais examinados, não há sucursais de nenhum dos veículos no exterior. Desse modo, as agências internacionais de notícia são as fontes em que vão pesquisar os Editores na construção da matéria. Em um mundo menos polarizado politicamente (pós-Guerra Fria) as informações que chegam às editorias precisam dialogar e mostrar a maior quantidade de pontos de vista sobre o mesmo fato.

O estudo se ateve a pesquisar como a percepção dos Estados Unidos da América pode ser construída pelos órgãos de imprensa do Recife. O caso estudado revela que há uma piora significativa a respeito da cobertura jornalística do país tendo como ponto de partida a eleição do Republicano Donald Trump. A questão da cultura foi abordada como forma de construir uma imagem mais sólida e mais positiva do país. Ambos os entrevistados discordam da pauta cultural como base para cobertura jornalística e acreditam que temas ligados ao meio ambiente, à economia e à política – por terem resultados mais imediato – podem gerar uma mudança de imagem e percepção de país. Nesse sentido, os esforços de Diplomacia Pública precisam se concentrar na divulgação de informações mais voltadas a estas pautas, o que poderá gerar mais interesse dos veículos



do que necessariamente pautas culturais. Contudo, ambos entendem que há uma influência cultural dos Estados Unidos nos países ao sul do continente.

No continente latino-americano, alguns focos de antiamericanismo foram apontados. As declarações oficiais de governantes da Venezuela contrastam, por exemplo, com ações diplomáticas do Brasil que se opõem aos Estados Unidos. Nesse sentido, outro tópico examinado foi o papel da imprensa brasileira como agente multiplicador de uma nova imagem norte-americana. A entrevista revelou que a imprensa não é agente multiplicador de uma imagem, mas sim depende do que existe de notícia a ser divulgada. Sendo assim, os jornais publicarão notícias de interesse do leitor, sendo ou não de interesse americano.

As limitações deste estudo foram de natureza metodológica. O estudo da Diplomacia Pública ainda é bastante embrionário no Brasil. Apesar de ser utilizada como forma de compreender o contexto de determinado problema, os pesquisadores indicam, para futuros estudos, que editores de Internacional de outros jornais brasileiros também sejam entrevistados.

REFERÊNCIAS

- AMR, H. *The Need to Communicate: How to Improve U.S. Public Diplomacy with The Islamic World*. 2004. 66f. The Saban Center for Middle East Policy at The Brookings Institution. Washington D.C.
- ARNDT, R. T. *The First Resort of Kings: American Cultural Diplomacy in the Twentieth Century*. Paperback, 2007.
- BAYLES, M. *Goodwill Hunting*. In: Wilson Quarterly, Summer 2005. p. 46-56.
- BHABHA, H. K. *O local da cultura*. Belo Horizonte. Editora da UFMG, 1998.
- BRZEZINSKI, Z. *The Choice: Global Domination or Global Leadership*. New York: Basic Books, 2004.
- CHICAGO (IL). The Chicago Council on Global Affairs. *World Public Opinion 2006* Chicago, 2006, 17p.
- FITZPATRICK, K. R. *The Collapse of American Public Diplomacy*. In: ISA ANNUAL CONVENTION, 49., 2008, San Francisco.



FROELICH, I. V. *A Política Externa Americana e seus críticos*. Revista Brasileira de Política Internacional. Brasília, vol. 48, n. 002, pp 205-215, jul./dez. 2005

GREGORY, B. *Public Diplomacy and Strategic Communication: Cultures, Firewalls and Imported Norms*. 46f. George Washington University. Washington D.C.

JOHNSON, S.; DALLE, H. *How to Reinvigorate U.S. Public Diplomacy*. Disponível em < <http://www.heritage.org/defense/report/how-reinvigorate-us-public-diplomacy> >. Acesso em: 17 de set. 2017.

MALHORTA, N. *Introdução à Pesquisa de Marketing*. Pearson. 2006.

NATALI, J. B. *Jornalismo internacional*. São Paulo: Contexto, 2004. 127p.

NYE JR, J.S. *Propaganda Isn't the Way: Soft Power*. The International Herald Tribune. 10 jan. 2003. Paris.

SNOW, N. *Save The Really Important People*. Disponível em < <https://www.commondreams.org/views/2002/03/02/save-really-important-people> > Acesso em 19 de set. 2017.

.....



MERCADO ÚNICO DIGITAL:

DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA A CRIAÇÃO DE UM MERCADO ÚNICO DIGITAL EUROPEU

.....
Ariadnée Abreu de França¹

1 INTRODUÇÃO

A existência de blocos regionais de poder no cenário político-econômico atual indica que o regionalismo ainda possui uma incrível força política no mundo globalizado.

Os efeitos do ultra neoliberalismo, da globalização e dos avanços da tecnologia digital, sobretudo, da internet, impõe uma renovação dos processo de integração regional evidenciando que esta deve ocorrer muito além do ponto de vista econômico, mas, inclusive no âmbito digital, principalmente, quanto ao intercâmbio de dados entre os países do bloco.

Diante dessas perspectivas, a União Europeia (UE) vem desenvolvendo estratégias para impulsionar a implantação de um mercado único digital na Europa através de investimentos em infraestrutura, harmonização/uniformização jurídica, logística e segurança, na tentativa de concretização de um Mercado Único Digital Europeu.

Em maio de 2015, a Comissão da União Europeia (Comissão Juncker²) elaborou a estratégia para criação do Mercado Único Digital Europeu sustentando em suas diretrizes e diretivas que a existência de um mercado digital integrado seria indispensável para promover a plena implantação da economia e sociedade digitais na Europa, garantindo a liderança europeia nesse setor.

¹ Advogada especialista em Direito Digital e Compliance. Mestranda em Direito Internacional pela Universidade Federal de Pernambuco-UFPE. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande-UFCG.

² *Comissão Juncker* é o nome dado à composição da Comissão Europeia presidida por Jean-Claude Juncker, sucessora da Comissão Barroso, e que iniciou suas funções em novembro de 2014 após aprovação pelo Parlamento Europeu e tem previsão de exercício até 2019.



A persistência de barreiras regulamentares e a fragmentação do mercado impedem os cidadãos europeus de usufruírem de vários bens e serviços disponíveis na rede mundial de computadores, pois, quando utilizam serviços e ferramentas pela internet, deparam-se com alguns obstáculos nacionais.

A expectativa de perdas de garantias consumeristas, a eventual frustração por não poder receber os produtos comprados em outros países devido à ausência de logística de entrega e a possibilidade de entraves tributários inibem os internautas europeus a tornarem-se efetivos consumidores digitais.

Do mesmo modo, as empresas de tecnologia e as empresas tradicionais que desejam ampliar suas vendas por meio da estratégia de serviços disponibilizados em multicanais deparam-se com inúmeras barreiras regulamentares devido ao labirinto legislativo que existe na esfera de regulamentação dos contratos digitais no âmbito europeu, fato que desestimula o crescimento das empresas e a formalização dos trabalhos desenvolvidos no setor digital.

Tendo por base o conceito de mercado comum, cuja manifestação se desenvolve através da ideia de liberdade de circulação dos fatores de produção (bens, serviços, pessoas e capital monetário/intelectual), o Mercado Único Digital Europeu visa a supressão das barreiras comerciais entre os Estados-membros com o objetivo de aumentar a prosperidade econômica e contribuir para uma união cada vez mais estreita entre os povos do bloco, centrando-se na perspectiva de digitalização da economia.

Nesse sentido, os governos devem exercer um papel fundamental para concretização destes objetivos, promovendo programas de inclusão digital, aprimorando e permitindo o acesso total e integrado dos cidadãos aos serviços públicos disponibilizados na internet (*e-government*) e intermediando o consenso entre os diferentes países que compõem a União Europeia para permitir a harmonização/unificação jurídica e, conseqüentemente, reduzir ao máximo a quantidade de regramentos que influenciam diretamente esta parcela da economia, como por exemplo, as regulamentações sobre direitos autorais, consumeristas, trabalhistas e fiscais.



No entanto, para a Europa usufruir plenamente da era digital por meio de melhores serviços, maior participação nos mercados e novos empregos, além de viabilizar a harmonização/unificação jurídica, deve favorecer a resolução dos desafios em matéria de infraestrutura digital e cibersegurança.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar este novo cenário econômico, mapeando as ações que estão sendo praticadas pelos Estados-membros da União Europeia. Neste sentido, o artigo destaca algumas observações a respeito da criação e implementação, do Mercado Único Digital Europeu, bem como algumas considerações epistemológicas a respeito dos principais desafios para a efetivação deste Mercado, utilizando-se do método indutivo e da pesquisa bibliográfica e documental indireta realizada através de livros, artigos e diretivas da União Europeia.

2 MERCADO ÚNICO DIGITAL EUROPEU: ESTRATÉGIAS E IMPLEMENTAÇÃO

A Comunidade Europeia vem promovendo ações para proteger os ativos intangíveis e propiciar o pleno potencial da economia de dados informatizados da Europa mediante a resolução dos desafios em matéria de infraestrutura das plataformas *online* de tráfego, uniformização/harmonização jurídica e cibersegurança.

Por intermédio do Conselho Europeu, a União Europeia (UE) é capaz de dialogar com os órgãos reguladores de todos os países da região e de coordenar políticas públicas voltadas para promover a economia digital no continente, tais como a *Agenda Digital para a Europa*³ (introduzida com a Estratégia Europa 2020) e a *Estratégia para o Mercado Único Digital* de 2015.

³ A Agenda Digital para a Europa, de 2010, constitui uma das sete iniciativas emblemáticas da Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo. A Agenda incide em sete domínios de atuação prioritários: criação de um mercado único digital, maior interoperabilidade, reforço da confiança na Internet e da sua segurança, acesso muito mais rápido à Internet, mais investimento em P&D (Pesquisa e Desenvolvimento), melhoria da literacia digital, das qualificações e da inclusão digital dos cidadãos europeus



A necessária articulação da União Europeia (UE) em criar um plano unificado para manutenção de um Mercado Único Digital Europeu, livre e seguro, em que as pessoas pudessem fazer compras pela internet e as empresas pudessem vender em toda a UE, independentemente do país da UE onde estivessem situadas, culminou na *Estratégia para o Mercado Único Digital* que foi publicada pela Comissão Europeia em 6 de maio de 2015.

A *Estratégia para o Mercado Único Digital* consiste num plano da União Europeia (UE) que visa alargar a economia digital da UE para oferecer aos consumidores melhores serviços a melhores preços e contribuir para o crescimento das empresas, facilitando o acesso dos consumidores e empresas a produtos e serviços pela internet em toda a Europa.

Pelo exposto, percebe-se que a União Europeia (UE) possui uma estrutura tecnológica e política propícia para cogitar a manutenção de um mercado único digital, diferentemente de outros países, como os da América Latina, que apesar da existência da CEPAL e do MERCOSUL, ainda não possuem um órgão supranacional forte como o da União Europeia, qual seja, o Conselho Europeu, e não detém infraestrutura de redes de alta velocidade, tendo em vista a pouca quantidade de cabos submarinos que conectam as nações pelo Pacífico e a falta de pontos de troca de tráfego para interconectar as redes na região.(CORDEIRO,2016)

Nesse diapasão, há também, um interesse político e um esforço conjunto entre governos e empresas para promover a liderança da sociedade europeia na economia digital. Assim, a cooperação e o investimento desses *players* podem tornar viável a instituição de um mercado único digital na Europa.

e aplicação das Tecnologias da Informação e das Comunicações (TICs) para responder a determinados desafios de infraestrutura geográfica e social, como as alterações climáticas e o envelhecimento da população.



3 PRINCIPAIS DESAFIOS DO MERCADO ÚNICO DIGITAL EUROPEU

Apesar de, historicamente, ser o projeto mais complexo e bem sucedido de integração econômica entre Estados, atualmente, a União Europeia enfrenta uma crise sistêmica que envolve a saída do Reino Unido do bloco econômico em 2016 (*Brexit*), o fator humanitário de acolhimento dos refugiados de guerra, o terrorismo e o declínio financeiro de alguns países integrantes do bloco.

Em meio a esta instabilidade econômica e identitária, a concretização do Mercado Único Digital Europeu, tenciona promover uma maior cooperação entre os *players* (empresas, governos e cidadãos) que pode originar benefícios de eficiência que giram em torno de, aproximadamente, € 415.000.000,00 (Quatrocentos e quinze milhões de euros) para os países do bloco. (DIAS,2016)

Objetivando a corporificação do Mercado Único Digital Europeu, a União Europeia propõe estratégias ambiciosas para fomentar a digitalização da indústria por meio de ações que visam melhorar a infraestrutura de redes digitais com a adoção de novas regras no domínio das telecomunicações, da cibersegurança e da proteção de dados.

Neste sentido destacam-se alguns desafios, explicitados a seguir:

3.1 DESAFIOS EM MATÉRIA DE INFRAESTRUTURA

Os serviços digitais são com frequência limitados às fronteiras nacionais. Todos os dias, na União Europeia, cidadãos e empresas deparam-se com inúmeros obstáculos que vão desde bloqueios geográficos aos problemas de logística na entrega de encomendas transnacionais.

Nesse sentido, propiciar uma maior liberdade de compra e empoderar o consumidor é um dos objetivos do Mercado Único Digital Europeu. Para isso, a União Europeia pretende fomentar uma maior cooperação internacional no domínio da defesa do consumidor para promover uma regulamentação única entre os Estados-membros. Além disso, busca-se uma melhoria nos serviços de entrega transfronteiriço de



encomendas com a eliminação de barreiras alfandegárias, resolução de bloqueios geográficos injustificados e eliminação de outras formas de discriminação em razão do local de residência, estabelecimento ou nacionalidade.

Segundo Dias (2016, p.14):

Em maio de 2016, a Comissão Europeia apresentou o pacote do comércio eletrônico⁴ assente em três pilares: estimular a confiança dos consumidores graças ao reforço da proteção e da aplicação da lei; eliminar o bloqueio geográfico; e obter serviços mais eficientes de entrega internacional de encomendas a preços mais acessíveis.

Tendo por base essas diretrizes, o Mercado Único Digital Europeu está sendo concebido com fundamento no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE (Artigos 9.º, 12.º, 14.º, 16.º e 26.º do TFUE)⁵ para aprofundar as relações de *e-commerce*,

⁴ O pacote do comércio eletrônico desenvolvido pela Comissão Europeia abrange as seguintes propostas: 1. proposta de revisão do Regulamento sobre a cooperação no domínio da defesa do consumidor; 2. proposta de regulamento sobre os serviços de entrega transnacional de encomendas; 3. proposta de regulamento sobre a resolução de bloqueios geográficos injustificados e outras formas de discriminação em razão do local de residência ou estabelecimento ou da nacionalidade no Mercado Único; 4. Orientações sobre a aplicação da Diretiva relativa às práticas comerciais desleais; 5. Comunicação "Uma abordagem aprofundada para estimular o comércio eletrônico transnacional para os cidadãos e empresas europeias".

⁵Artigo 9º – TFUE: Na definição e execução das suas políticas e ações, a União tem em conta as exigências relacionadas com a promoção de um nível elevado de emprego, a garantia de uma proteção social adequada, a luta contra a exclusão social e um nível elevado de educação, formação e proteção da saúde humana.

Artigo 12º – TFUE: As exigências em matéria de defesa dos consumidores serão tomadas em conta na definição e execução das demais políticas e ações da União.

Artigo 14º – TFUE: Sem prejuízo do disposto no artigo 4.º do Tratado da União Europeia e nos artigos 93.º, 106.º e 107.º do presente Tratado, e atendendo à posição que os serviços de interesse económico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a União e os seus Estados-Membros, dentro do limite das respetivas competências e no âmbito de aplicação dos Tratados, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições, nomeadamente económicas e financeiras, que lhes permitam cumprir as suas missões. O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de regulamentos adotados de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem esses princípios e definem essas condições, sem prejuízo da competência dos Estados-Membros para, na observância dos Tratados, prestar, mandar executar e financiar esses serviços.

Artigo 16º – TFUE: 1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. 2. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem as normas relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições, órgãos e organismos da União, bem como pelos Estados-Membros no



garantir uma maior inclusão digital entre os cidadãos, estimular a criação de empregos, evitar práticas comerciais desleais, propiciar o desenvolvimento de pequenas e médias empresas (PME) e, principalmente, incentivar o surgimento de *start ups*.

Investir em infraestrutura digital, à exemplo de propiciar o uso de banda larga de alta velocidade, é um dos desafios a serem superados para potencializar as oportunidades que surgem por meio das tecnologias. A *Estratégia para o Mercado Único Digital* incentiva a criação de Fundos Europeus Estruturais para que pequenas e médias empresas (PME) de tecnologia possam investir em infraestrutura e serviços do Mercado Único Digital através do seu financiamento.

Logo, é preciso ajudar as empresas de inovação a expandirem os seus negócios à escala da União Europeia, de modo a não ficarem fechadas no seu mercado nacional. As *start ups* tem papel fundamental nessa expansão, pois, atuam com regimentos próprios, contratos específicos e através de parcerias comerciais estratégicas (*joint venture*), exercendo um papel com destacada influência na adoção de medidas para combater a fragmentação do mercado interno e na construção das infraestruturas digitais necessárias à promoção da digitalização da indústria europeia.

Deste modo, a eliminação dos obstáculos técnicos de infraestrutura e de barreiras legislativas à interoperabilidade do Mercado Único Digital deve funcionar como subsídio para gerar competitividade e circulação de capital dentro da União Europeia.

exercício de atividades relativas à aplicação do direito da União, e à livre circulação desses dados. A observância dessas normas fica sujeita ao controlo de autoridades independentes.

As normas adotadas com base no presente artigo não prejudicam as normas específicas previstas no artigo 39.o do Tratado da União Europeia.

Artigo 26º – TFUE: 1. A União adota as medidas destinadas a estabelecer o mercado interno ou a assegurar o seu funcionamento, em conformidade com as disposições pertinentes dos Tratados. 2. O mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados. 3. O Conselho, sob proposta da Comissão, definirá as orientações e condições necessárias para assegurar um progresso equilibrado no conjunto dos setores abrangidos.



3.2 DESAFIOS EM MATÉRIA DE UNIFORMIZAÇÃO/HARMONIZAÇÃO JURÍDICA

A intensificação do processo de globalização e o desenvolvimento tecnológico, abre espaço à democratização do comércio por meio do *e-commerce* e desburocratização de processos jurídicos e administrativos, pois, há uma maior aderência dos Estados ao princípio da autonomia da vontade, bem como, o desenvolvimento de métodos de uniformização do direito internacional e incentivo à integração regional.

Nesse diapasão, dado o caráter internacional da *wordwide web*, do subjetivismo factual relativo à territorialidade, temporalidade e veracidade das relações do ciberespaço e do crescente número de ações econômicas, governamentais e privadas que são realizadas por meio da internet, faz-se necessária a aplicação de uma norma jurídica universalmente harmônica para ser aplicada a estas ações, de modo que, se possa garantir a segurança jurídica das relações que envolvam ambientes e ativos intangíveis digitais.

No entanto, devido à complexidade do fenômeno globalizatório promovido pela internet, onde modelos tradicionais de poder fragmentam-se e novas esferas jurídicas insurgem dando origem a forças econômicas e políticas das mais variadas, questiona-se a possibilidade de haver um Mercado Único Digital Europeu regido por um ideal de harmonização normativa que possa prevenir e evitar conflitos que, eventualmente, venham a existir em razão dos diferentes sujeitos que compõe as relações de *e-commerce*.

Como assevera Fiorillo (2015, p.127, p.135)

Desse modo, é possível considerar aqui as inovações tecnológicas que estabelecem as redes comunicacionais, com suas características atemporais e transnacionais. A intensificação da informação e a mundialização do capital modificou a relação entre o espaço global e o local, indicando outras formas de ordenamento territorial. Desse modo, a estrutura das redes é o elemento que melhor explica os fluxos entre atores, escala e território na atualidade.

Não é de hoje que, as esferas internacionais dialogam no sentido de que haja uma convergência para o alinhamento internacional da legislação comercial. Com a criação da



Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – CISG (1980) e da lei modelo de comércio eletrônico da UNCITRAL(1996) observa-se que estes debates vêm se intensificando gradualmente, inclusive, em âmbito europeu.

Contudo, para manter-se na linha de frente da revolução digital, a União Europeia deve reestruturar-se juridicamente para eliminar os 28 (vinte e oito) quadros regulamentares nacionais diferentes que existem nos Estados-membros, pois tais regulamentos representam barreiras jurídicas que dificultam à concretização do comércio transfronteiriço e, conseqüentemente, do Mercado Único Digital Europeu.

Nesse sentido, o Mercado Único Digital Europeu exige um enquadramento jurídico que permita uma unificação/harmonização regulamentar através do desenvolvimento de vários aspectos, que abrange desde o comércio eletrônico, à participação da administração pública na internet por meio de serviços públicos digitais (*eGovernment*), infraestruturas de telecomunicações, tributação, direitos autorais, conectividade dos dados, segurança das tecnologias da informação, direito do consumidor e privacidade/proteção dos dados pessoais.

Com o surgimento de novos modelos de negócios e o crescimento de novas empresas tecnológicas, essas mudanças são iminentes para que possa haver a plena sinergia das relações comerciais no Mercado Único Digital Europeu. Logo, além de um regulamento unificado e harmônico, de forma ainda mais fragmentada, com a aceitação do mercado internacional da *Lex Mercatoria* pelo seu evidente dinamismo, os próprios setores passam a desenvolver, alternativamente, regras específicas para seus ramos de atuação. Assim, cada nicho de mercado acaba por absorver os ideais de tal conceito para criar regras próprias e, desta forma, dinamizar ainda mais as relações negociais internacionais.

Conforme preleciona Sommer (2014):

Assim, a nova Lex mercatoria, por não se confundir com o direito do comércio internacional, se reveste de alto dinamismo, uma vez que seu nascedouro se perfaz através da usos e costumes da prática do comércio internacional. No entanto, os usos e costumes na Lex mercatoria se materializam de forma diferente que o usual, tornando-se, de fato, uma regra aceita pelos comerciantes, não apenas com a



finalidade de serem criadas regras, mas sugerindo-as, através de contratos-tipo ou de regras formadas por entidades internacionais tais como a CISG e a UNIDROIT.

Não obstante, a existência de uma *Lex MercatóriaDigital* pode vir a ser uma realidade no setor de tecnologias digitais. Exemplo claro dessa possibilidade foi o aparecimento da *Lex Petrolea*, que passou a constituir uma série de regras aplicáveis ao comércio internacional do petróleo devido as exigências do próprio mercado petrolífero diante da ausência de regulações específicas. A *Lex Petrolea* proporcionou aos atores do cenário negocial petrolífero a elaboração de contratos-tipos, tais como o contrato de concessão, de partilha, o acordo de participação e o contrato de serviço. (SOMMER, 2014)

Apesar de todo este processo ser bastante recente, não será inusitado assistirmos ao surgimento de um regulamento único a nível de comércio eletrônico no âmbito da União Europeia, de uma *Lex MercatóriaDigital*, e de um Mercado Único Digital Europeu, visto que, estes institutos acompanham os movimentos comerciais contemporâneos.

3.3 DESAFIOS EM MATÉRIA DE CIBERSEGURANÇA

As relações de comércio eletrônico baseiam-se na confiança que é depositada entre as partes para que haja a consecução do negócio. Evidentemente, segurança sempre foi um fator relevante para garantir o sucesso das transações econômicas pela internet, pois em ambientes seguros o nível de confiança dos consumidores é potencializado.

Portanto, as estratégias de cibersegurança assumem um papel fundamental na proteção contra vários tipos de ameaças existentes em ambientes digitais. Deste modo, a segurança da informação é um dos elementos essenciais para garantir o sucesso e a concretização do Mercado Único Digital Europeu.

O Mercado Único Digital Europeu tem suas bases em dados informatizados. Se antes, o ativo tangível (patrimônio, bens, terrenos, maquinários) era considerado como parte principal da indústria, atualmente, o conhecimento produzido pela empresa (capital intelectual) agrega valor ao negócio permitindo que haja a rentabilidade das ações.



Em virtude da crescente monetização da informação e dos riscos que se ampliam com a sua operacionalização na era digital como, por exemplo, as falhas nos controles internos e os crimes digitais (ataques de *crackers*, vazamentos de informações confidenciais, concorrência desleal, desvios de conduta; infrações aos Direitos Humanos, corrupção, fraudes e etc), se faz necessário estabelecer novos parâmetros de cibersegurança refletindo sobre o seu papel na governança corporativa.

Neste sentido, aduz Coimbra (2007, p.21)

Considerando que os mais importantes tipos de risco operacional envolvem problemas de controles internos e de governança corporativa, cabe lembrar a contribuição da gestão de risco operacional para o desenvolvimento dos mecanismos de governança corporativa internamente às empresas, com a adoção das práticas de gestão de risco, e externamente com a atuação dos órgãos reguladores. Numa época em que os escândalos e fraudes corporativos diminuíram a confiança da sociedade nas empresas, a disciplina de gestão de riscos operacionais pode contribuir com a responsabilidade social corporativa por meio do incentivo ao comportamento ético e socialmente responsável, evitando condutas e atitudes indesejadas ou inadequadas.

Desta forma, cumpre assegurar que o capital intelectual (ativos intangíveis) convertido em dados informatizados deverá circular nesse mercado integrado com adequada proteção. Neste cenário, busca-se mecanismos e procedimentos de prevenção, detecção e remediação de condutas ilícitas para evitar ou minimizar os riscos negociais no que tange a cibersegurança no Mercado Único Digital Europeu.

Conforme aduz Domeneghetti e Mier (2008, p. 05)

Nesta era de mercados globalizados "internetizados", altamente dinâmicos e passíveis de imitação, os ativos tangíveis perderam sua relevância relativa. Passou a ser imperativo a uma empresa tornar-se capaz de identificar, categorizar, qualificar e quantificar os seus ativos intangíveis. Passou a se exigir de sua gestão a habilidade sistemática de compreender, operacionalizar, gerenciar e mensurar esse conjunto de valores que as empresas detêm em diferentes proporções, mas que muitas vezes são negligenciados em sua administração por falta de percepção ou por falta de instrumentos eficientes.

Com efeito, no âmbito do direito internacional, a segurança da informação e a boa gestão de riscos nas transações de *e-commerce* sempre estiveram presentes no cerne das discussões da Organização das Nações Unidas - ONU, tanto que em 1996, a UNCITRAL



publicou seu modelo de lei de comércio eletrônico, trazendo diretrizes sobre validade de documentos e assinaturas digitais.

Incentivar a criação de políticas de cibersegurança, tendo em vista, a regulação informática e a uniformização de padrões de atuação jurídica nesse setor, é um dos grandes desafios para o exercício pleno do Mercado Único Digital Europeu.

Assim, diante da necessidade de promover um ambiente de transações seguras e da impossibilidade de proteção governamental integral, surgem alternativas para manter um nível de cibersegurança satisfatório através do incentivo à educação digital e melhores práticas em ambientes virtuais (*Compliance*), de parcerias público-privadas em matéria de segurança da informação com a construção de um modelo organizacional mais flexível e transparente (*Accountability*) e do uso da legítima defesa digital (*Digital Self Defense*) pelas empresas por intermédio dos grupos de resposta a incidentes.

Diante do exposto superar os desafios em matéria de cibersegurança é fundamental para garantir a continuidade dos negócios, minimizar riscos e danos comerciais, além de maximizar o retorno sobre oportunidades e investimentos no Mercado Único Digital Europeu.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a proliferação dos negócios celebrados com objeto e/ou por meio digital, o modelo de mercado mudou. Na vanguarda da Era Digital, a União Europeia (UE) vem tentando adequar-se aos fenômenos comerciais contemporâneos trazidos pela globalização e pela massificação do acesso à internet, desenvolvendo estratégias para impulsionar a criação de um mercado único digital europeu e, assim, realizar uma maior integração econômica na região.

Como vários países europeus estão enfrentando crises econômicas e sociais, o Mercado Único Digital surge como uma alternativa para manter a coesão da União



Europeia, proporcionar uma maior qualidade de vida aos seus cidadãos, modernizar os serviços estatais e garantir a liderança do bloco no setor de tecnologias.

Dinamizando a economia através do comércio eletrônico, essa estratégia permite facilitar o cumprimento administrativo e financeiro por parte das empresas e, a fiscalização e regulação estatal dessas atividades, garantindo os direitos dos consumidores e responsabilizando os *players* que contrariarem as normativas desse sistema integrado de comercialização.

Apesar de ser um projeto promissor, o Mercado Único Digital Europeu apresenta alguns desafios em termos de progresso, sendo necessárias ações pontuais para alcançar o pleno potencial da digitalização econômica europeia e a proteção dos ativos intangíveis (capital intelectual) que deverão circular nesse mercado.

Para promover um ecossistema economicamente responsável e justo da Internet estão sendo desenvolvidas políticas cognitivas (de ciência, tecnologia e inovação) que permitam criar soluções para os desafios em matéria de infraestrutura, uniformização/harmonização jurídica e cibersegurança no contexto do Mercado Único Digital Europeu.

Logo, observamos que a problemática sobre a concretização do Mercado Único Digital Europeu se mostra insuficiente para impedir o seu desenvolvimento, tendo em vista que este será plenamente viável se houver um esforço mútuo entre os países membros em propiciar e impulsionar este novo modelo de integração econômica.

Assim, como se trata de um projeto muito recente, vamos aguardar com expectativa a consecução das etapas para a sua concretização, pois, a Comissão Europeia garante em suas reuniões que executar os planos para a criação e desenvolvimento de um mercado digital na União Europeia é uma das suas grandes prioridades.



REFERÊNCIAS

COIMBRA, Fábio. **Riscos Operacionais: Estrutura para gestão em bancos.** São Paulo: Saint Paul Editora, 2007.

CORDEIRO, Letícia. **Futurecom 2016: Mercado único digital na América Latina? Apenas no plano das ideias.** Bit Magazine, 2016. Disponível em: <http://www.bitmag.com.br/2016/10/futurecom-2016-mercado-unico-digital-na-america-latina-apenas-no-plano-das-ideias/> Acesso em 21 de julho de 2017 às 14:25

DIAS, Fernanda Ferreira. **O Mercado Único Digital Europeu.** Análise Europeia 2 - Revista da Associação Portuguesa de Estudos Europeus, 2016.

DOMENEGHETTI, Daniel; MEIR, Roberto. **Ativos Intangíveis: o Real Valor das Empresas.** Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Princípios Constitucionais do Direito da Sociedade da Informação: A Tutela Jurídica do Meio Ambiente Digital.** São Paulo: Saraiva; 2015.

Lei Modelo sobre Comércio Eletrônico da UNCITRAL. Disponível em: <http://www.lawinter.com/1uncitrallawinter.htm> Acesso em 26 de julho de 2017 às 21:48

SOMMER, Cristiano Rennó. **O fortalecimento e especialização da Lex mercatoria frente ao fenômeno da globalização.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI210306,31047-O+fortalecimento+e+especializacao+da+Lex+mercatoria+frente+ao> Acesso em 26 de julho de 2017 às 21:35

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE(EUR-lex.). Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT> Acesso em 29 de julho de 2017 às 00:15

.....



REFORMAS E RETROCESSOS:

O CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE DERIVADO DO DEVER ESTATAL DE PROTEGER DIREITOS HUMANOS

.....
Juliana Teixeira Esteves¹
Tiago Muniz Cavalcanti²

1 INTRODUÇÃO

Os direitos humanos devem ser respeitados, promovidos e protegidos. Isso gera ao Estado - principal destinatário e guardião de tais direitos - a obrigação de não atuar de forma contrária aos direitos humanos, realizá-los por meio da implementação de políticas públicas e, sobretudo, protegê-los, garantindo seu livre e pleno exercício.

Esse dever de proteção se estende a todos os órgãos estatais e poderes públicos, inclusive ao Legislativo. Durante o processo de produção das leis, incumbe ao legislador a salvaguarda dos direitos humanos mediante a análise da conformidade da norma com os tratados e convenções internacionais.

No entanto, de quando em quando, a edição de leis deixa de servir à promoção e proteção dos direitos humanos e passa a afrontá-los. Nestes casos, cabe aos demais agentes do Estado a adoção das medidas de qualquer natureza necessárias para torná-los efetivos, reprimindo as violações provocadas pelo processo legislativo. Surge, então, o controle difuso de convencionalidade das leis, a cargo dos juízes e tribunais brasileiros.

¹ Doutora em Neoconstitucionalismo e Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco. Advogada trabalhista e membro da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho. Professora Adjunta da Universidade Federal de Pernambuco, onde coordena o Programa de Pós-Graduação em Direito.

² Doutorando em Direito do Trabalho e Teoria Social Crítica pela Universidade Federal de Pernambuco e mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procurador do Trabalho e coordenador nacional de erradicação do trabalho escravo do Ministério Público do Trabalho. Professor da Escola Superior do Ministério Público da União.



O presente trabalho tem por finalidade estudar o papel do Poder Judiciário trabalhista no sentido de proteger os direitos humanos dos trabalhadores em face dos retrocessos resultantes das reformas precarizantes, deixando de aplicá-las ao caso concreto. Trata-se, veremos, de um dever do magistrado nacional decorrente do princípio da supremacia convencional (CIDH, 2010).

Examinaremos, com efeito, a incompatibilidade das recentes alterações normativas com o direito internacional do trabalho, tomando-se como parâmetro as convenções da Organização Internacional do Trabalho ratificadas pelo País que visam à promoção do trabalho decente, além de outros instrumentos voltados à proteção, progressividade e plena efetividade dos direitos trabalhistas. Ademais, assaz importante aos objetivos do presente estudo será o exame dos precedentes jurisprudenciais que, acolhendo a tese da supralegalidade dos tratados e convenções sobre direitos humanos, reconhecem o efeito paralisante das normas internas em descompasso com os compromissos internacionais.

No atual momento de crise político-institucional e da adoção de políticas corrosivas aos direitos humanos, restará evidente que os magistrados e todos os órgãos vinculados à administração da Justiça do Trabalho terão papel fundamental e decisivo na proteção dos direitos humanos trabalhistas e do postulado da dignidade humana.

2 OS DIREITOS HUMANOS TRABALHISTAS

Não se nega, ou pelo menos pouco se nega, que os direitos humanos são os direitos mais importantes das pessoas, essenciais à afirmação da dignidade e que garantem um mínimo de civilidade ao seu titular. A este elemento material, no entanto, deve-se acrescentar um elemento eminentemente formal, qual seja, o reconhecimento jurídico.³É exatamente no aspecto formal, mormente no plano de positivação, que

³A opção dos autores por uma concepção positivista dos direitos humanos não pretende desmerecer a relevância de teorias não positivistas, pensadas inclusive por religiosos e jusnaturalistas que valorizam doutrinas morais e textos sagrados, à revelia do reconhecimento pelo Direito.



repousa o elemento diferenciador dos direitos humanos em relação aos direitos fundamentais: enquanto estes são reconhecidos e positivados no sistema constitucional interno de cada Estado, aqueles estão previstos em instrumentos internacionais.

Com efeito, os direitos humanos nominam as necessidades básicas das pessoas, relacionadas à dignidade, à liberdade e à igualdade, positivadas em declarações e convenções internacionais,⁴ e refletem, com isso, posições jurídicas universalmente reconhecidas ao ser humano em caráter supranacional.⁵ Nessa esteira, os direitos humanos trabalhistas consistem na consagração universal de direitos que protegem o ser humano enquanto trabalhador, é dizer, o cidadão inserto numa relação de trabalho.

Espécie do gênero direitos sociais – na acepção mais abrangente da expressão –, os direitos humanos trabalhistas representam o ideal de inclusão social, de modo a oferecer a todos os trabalhadores um patamar mínimo de cidadania e dignidade. Positivados inicialmente no século XIX, a partir das transformações sociais causadas por um Estado ausente e omissos na promoção da justiça social –, os direitos humanos trabalhistas ganharam consagração universal ainda na primeira metade do século XX.

Desta característica universal exurgem duas funções essenciais dos direitos humanos trabalhistas: a de inspirar, induzir e colmatar os sistemas jurídicos internos, como um referencial ético de âmbito global; e a de parâmetro de proteção quando as instituições nacionais se mostrarem falhas no seu dever de promovê-los e protegê-los.

Essas funções de substanciação e proteção exercidas pelos direitos humanos trabalhistas na ordem interna possuem o propósito de mitigar a disponibilidade dos poderes constituídos, seja como uma influência exógena que induz os mais diversos

⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. 11ª ed. Madrid: Tecnos, 2013. p. 39-40.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.



ordenamentos jurídicos, seja, ademais, como referência normativa que limita a ação dos órgãos estatais.

3 A SUPRALEGALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS TRABALHISTAS

A omissão da Constituição Federal, em sua redação original, quanto à hierarquia dos tratados internacionais quando do seu ingresso ao ordenamento jurídico brasileiro, fez surgir discussões doutrinárias e jurisprudenciais que ganham contornos ainda mais dramáticos quando os tratados versam sobre direitos humanos.

Se alguns defendiam a hierarquia infraconstitucional equiparada às leis federais, sobretudo com base no art. 102, III, b, do texto constitucional, que atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, outros autores visualizavam em tais tratados uma hierarquia constitucional, mormente pela natureza especial e diferenciada decorrente da cláusula de abertura contida no art. 5º, § 2º, do texto constitucional: “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

As discussões doutrinárias não tiveram fim com a sobrevinda do § 3º ao art. 5º do texto constitucional, por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, verberando que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Isto porque permanecia a dúvida quanto aos tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico interno antes da promulgação de referida Emenda, bem como em relação àqueles incorporados em momento posterior sem o quórum qualificado previsto no texto constitucional.



O debate fez surgir uma corrente intermediária que ganhou força na doutrina e na jurisprudência. Reconhecendo nos tratados internacionais um *status* supralegal, a tese se esteiano princípio da boa-fé internacional, inserido no art. 27 da Convenção de Viena: “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. [...]”. Com efeito, de acordo com a teoria da supralegalidade, os tratados de direitos humanos têm hierarquia inferior à Constituição, mas superior às normas infraconstitucionais.

O Supremo Tribunal Federal, que ainda não atingiu um nível desejado em relação à proteção dos direitos humanos, tem privilegiado alguns tratados de direitos humanos em face da legislação infraconstitucional interna, como ocorreu no julgamento sobre a questão do depositário infiel (RE 466.343), ocasião em que a Corte Suprema demonstrou inclinação para a tese da supralegalidade.

De acordo com seu atual entendimento, portanto, o Supremo Tribunal Federal instituiu a “teoria do duplo status” (ou “duplo estatuto”): tratados internacionais de direitos humanos aprovados mediante o quórum especial das emendas constitucionais (§ 3.º do art. 5.º da CF) têm hierarquia constitucional; os demais ostentam status supralegal.⁶ Nessa esteira, os tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos trabalhistas, ratificados pela República Federativa do Brasil, possuem status superior às leis federais, não podendo por estas ser revogados, negados e/ou contrariados.

4 O DEVER DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE

Muito embora a tradicional taxonomia tríade dos direitos humanos os subdivida em grupos estanques, conforme as fases do processo de reconhecimento e positivação ao

⁶ BELTRAMELLI NETO, Silvio. Direitos humanos. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 273.



longo da história da humanidade – primeira, segunda e terceira gerações –,⁷ não se pode perder de vista que todos eles, sejam individuais, sociais ou difusos, possuem a mesma natureza e merecem, com efeito, idêntica valoração jurídica.

Isso significa que qualquer direito humano é merecedor de respeito, promoção e proteção, independentemente se dele decorre uma obrigação de abstenção ou de prestação. Se do dever de respeito e promoção deriva para o Estado e seus agentes a proibição de atuar de forma a afrontar os direitos humanos e a adoção de ações para permitir que os mesmos sejam amplamente fruídos, da incumbência de protegê-los decorre uma série de obrigações específicas relacionadas à prevenção e à repressão à sua violação.

Com efeito, no exercício do dever de proteção, o papel do Estado vai além da concretização de normas reguladoras das relações jurídico-civis de modo a assegurar nestas relações a observância dos direitos humanos:⁸ compete-lhe prevenir, coibir e punir a ocorrência de qualquer afronta a tais direitos, seja por parte do Poder Executivo, mediante a adoção de providências administrativas, seja pelo Poder Legislativo, por meio da edição de leis punitivas, seja, ainda, através do sistema de justiça, responsável pela realização de investigações, julgamentos e imposição de sanções.⁹ E aqui reside o denominado controle de convencionalidade das leis, como medida específica de proteção aos direitos humanos.

Durante o processo de produção das leis, incumbe ao legislador a salvaguarda dos direitos humanos mediante a análise da conformidade da norma com os tratados e

⁷Foi o jurista tcheco Karel Vasak o idealizador da tríade de divisão.

Ele apresentou, em 1979, no Instituto Internacional de Direitos do Homem em Estrasburgo, uma classificação em *gerações* na qual buscava demonstrar a evolução desses direitos. As gerações guardam estreita relação com as expressões *liberdade, igualdade e fraternidade*, da Revolução Francesa: a primeira, dos direitos civis e políticos, encontram fundamento na liberdade (*liberté*); a segunda, dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseia-se na ideia de igualdade (*égalité*); a terceira, dos direitos de solidariedade, encontra sua bandeira na fraternidade (*fraternité*).

⁸CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 409

⁹BELTRAMELLI NETO, Silvio. Direitos humanos. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 40-41.



convenções internacionais. Se, no entanto, o Poder Legislativo afastar-se da sua obrigação de servir à promoção e proteção dos direitos humanos e passar a afrontá-los, impõe-se que os demais agentes do Estado adotem medidas necessárias para torná-los efetivos, reprimindo as violações provocadas pelo processo legislativo. Surge, então, o controle difuso de convencionalidade das leis, a cargo dos juízes e tribunais brasileiros, a quem compete, no caso concreto, a análise de compatibilidade das leis e demais atos normativos com os tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

É, portanto, o Poder Judiciário que realiza, à luz do caso posto, o exame de conformação de determinado ato normativo doméstico com as normas internacionais de direitos humanos, deixando de aplicá-lo em caso de incompatibilidade. Trata-se de um dever decorrente do princípio da supremacia convencional (CIDH, 2010), do qual a magistratura nacional não tem se furtado conforme demonstra a jurisprudência pátria:

RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em bis in idem. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os "riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes". Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento.



(TST-RR-1072-72.2011.5.02.0384 – 7ª Turma — Min. Rel. Cláudio Brandão — julg. 24/09/2014)

O dever de proteção dos direitos humanos por meio do controle difuso de convencionalidade exercido pelos juízes nacionais tem sido reconhecido inclusive por quem o exerce de forma concentrada, ou seja, pelos tribunais internacionais de direitos humanos que realizam o controle de convencionalidade matriz, autêntico ou definitivo.¹⁰ A Corte Interamericana de Direitos Humanos afirma que os juízes e tribunais nacionais, como parte do aparato do Estado, devem velar para que as disposições do direito internacional não sejam mitigados pelas leis internas contrárias ao seu objeto e finalidade:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Sentencia de 26 de setiembre de 2006, parágrafo 124)

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Aguado Alfaro e Otros vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, parágrafo 128).

¹⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 427.



Com efeito, se é dever dos juízes e tribunais nacionais o exame da obediência do direito interno aos direitos previstos e tratados e convenções incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio, exercendo o denominado controle difuso de convencionalidade, impõe-se ao Poder Judiciário trabalhista, destarte,a obrigação de proteger os direitos humanos dos trabalhadores em face de eventuais reformas à legislação laboral incompatíveis com as normas internacionais concernentes às relações de trabalho, deixando de aplicá-las ao caso concreto, se conflitantes.

5 A VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL E A INCONVENIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA, LEI Nº 13.467/2017

A denominada reforma trabalhista – Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 – tem provocado profundas discussões sobre os efeitos que produzirá nas relações individuais e coletivas de trabalho. Não por acaso: a nova regra, aprovada em tempo recorde, altera sensivelmente a legislação laboral e impacta diretamente nas condições de vida e de trabalho da classe assalariada.

Se os debates doutrinários giram em torno, sobretudo, da análise dos aspectos positivos e negativos previstos no novo texto, a jurisprudência deverá se posicionar em relação a uma questão prejudicial: sua (des)conformação à Constituição Federal e às Convenções internacionais ratificadas pelo Brasil. Isto porque a aplicação das novas regras exige, como visto linhas acima, sua adequação ao direito internacional dos direitos humanos. No particular, os autores do presente texto entendem que o novo texto possui vícios insanáveis e não guardam harmonia com as Convenções da Organização Internacional do Trabalho, devendo ter sua aplicação afastada por meio de controle difuso de convencionalidade a ser realizado de ofício pela magistratura trabalhista.

A inconvenionalidade reside, antes de tudo, na ilegitimidade da reforma: o projeto que lhe deu origem correu a toda pressa no Congresso Nacional e padece de amparo



popular, tendo sido elaborado à míngua de debates e discussões sociais, sem que os interessados participassem ativamente da sua elaboração.

Essa ilegitimidade viola os dispositivos normativos da Organização Internacional do Trabalho contidos no art. 2º, 1, da Convenção nº 144, e art. 7º da Convenção nº 154, ambas de caráter tripartite, que exigem ampla discussão, mediante consultas públicas efetivas, sobre os assuntos relacionados com as atividades da OIT, inclusive a obediência às suas convenções e recomendações, bem como acerca das medidas adotadas para estimular o desenvolvimento da negociação coletiva.

Além de frustrar a efetiva participação das entidades interessadas nas discussões e na elaboração do texto normativo, a reforma, que não constava no programa de governo que recebeu a maioria dos votos dos brasileiros, foi proposta inicialmente por um governo sem legitimidade e sem aprovação popular, escancarando a rejeição, o dissentimento e a falta de anuência social.

Exatamente nesse sentido é o Enunciado nº 1 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, ocorrida nos dias 9 e 10 de outubro em Brasília, que contou com a presença de centenas de magistrados, procuradores, advogados e acadêmicos do direito do trabalho:

1. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA, AUSÊNCIA DE CONSULTA TRIPARTITE E DE CONSULTA PRÉVIA ÀS ORGANIZAÇÕES SINDICAIS. I. REFORMA TRABALHISTA. LEI 13.467/2017. INCOMPATIBILIDADE VERTICAL COM AS CONVENÇÕES DA OIT. AUSÊNCIA DE CONSULTA TRIPARTITE. OFENSA À CONVENÇÃO 144 DA OIT. II. AUSÊNCIA DE CONSULTA PRÉVIA ÀS ORGANIZAÇÕES DE TRABALHADORES. OFENSA À CONVENÇÃO 154 DA OIT, BEM COMO AOS VERBETES 1075, 1081 E 1082 DO COMITÊ DE LIBERDADE SINDICAL DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DA OIT.

Não bastasse o vício formal, a reforma, em seu conteúdo, viola os direitos humanos trabalhistas, tendo sido considerada materialmente ilegítima na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:



6 ILEGITIMIDADE DA LEI 13.467/2017. A LEI 13.467/2017 É ILEGÍTIMA, NOS SENTIDOS FORMAL E MATERIAL.

Não há dúvidas de que a reforma trabalhista contraria a noção de trabalho decente da Organização Internacional do Trabalho. A expressão, cunhada na designação em língua inglesa (*decent work*), foi empregada oficialmente pela OIT durante a 87ª Conferência Internacional do Trabalho, em 1999, significando um ponto de convergência dos objetivos estratégicos da entidade: a promoção dos princípios e direitos fundamentais no trabalho, estabelecidos na Declaração de 1998; o emprego; a proteção social; e o diálogo social.¹¹ O trabalho decente se refere ao trabalho juridicamente protegido que contribui para a inclusão social da pessoa trabalhadora.

O trabalho decente pressupõe, com efeito, o absoluto respeito à dignidade humana da pessoa trabalhadora por meio da efetivação e da proteção dos direitos que lhe são mais caros.

Não à toa, a promoção do trabalho decente é objetivo precípua da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas para o desenvolvimento sustentável, tendo como metas específicas a geração de mais e melhores empregos para homens e mulheres, a promoção de ambientes de trabalho seguros e a proteção dos direitos trabalhistas em face de retrocessos flexibilizantes.

Como se vê, a reforma trabalhista contraria as diretrizes de proteção e promoção do trabalho decente estabelecidas pela ordem internacional. Tendo como características subjacentes a flexibilização e a desregulamentação de direitos trabalhistas, a nova legislação desprotege, precariza e transfere os riscos da atividade econômica para o trabalhador, contrariando a própria lógica protetiva do direito do trabalho.

São inúmeras as inovações precarizantes que, em seu conjunto, contrariam a noção de trabalho decente e protegido propugnado pela Organização Internacional do Trabalho

¹¹CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO. 87ª reunião, 1999. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>.



e pela Organização das Nações Unidas: a amputação do grupo econômico trabalhista (art. 2º, CLT), uma figura cuja finalidade precípua é a garantia do pagamento do crédito por qualquer das empresas favorecidas pelo contrato de trabalho; a instituição do trabalhador que presta serviços com exclusividade e de forma contínua sem perder sua condição de autônomo (art. 442-B, CLT), facilitando a fraude e a contratação sem a proteção legal; o surgimento do contrato intermitente (art. 452-A, CLT), uma modalidade na qual o trabalhador não dispõe de horário fixo, não possui carga de trabalho previamente estabelecida e não conta, sequer, com salário certo ao final do mês; a tarifação e limitação da indenização por dano extrapatrimonial (art. 223-G, CLT), inviabilizando a efetiva reparação do mal causado; cria embaraços à quiparação e isonomia salarial (art. 461, CLT), afrontando o direito à igualdade formal e material; possibilita a terceirização ampliada e sem limites, permitindo a prestação de serviços por intermédio de terceiros em qualquer atividade, inclusive na principal (art. 5º-A, Lei 6.019/74), o que viabiliza a concepção do trabalho humano como mercadoria e colide com os preceitos assecuratórios do trabalho seguro; a prevalência do negociado sobre o legislado em relação à jornada de trabalho, ao intervalo para repouso e alimentação e ao enquadramento do grau de insalubridade (art. 611-A, CLT), questões coadunadas à saúde, higiene e segurança do trabalho, inábeis, pois, à negociação; a extinção da contribuição sindical compulsória (art. 579, CLT) que fragilizará significativamente as entidades sindicais representativas da classe trabalhadora; etc.

As novas regras contrariam a diretriz evolutiva traçada pelo Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que impõe aos Estados Partes a adoção de medidas que visem assegurar, “progressivamente” e por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos nele previstos, especialmente na esfera legislativa (art. 2º, 1).

Referido instrumento internacional apresenta a ideia da vedação ao retrocesso, o que significa impedir que conquistas de positivação jurídica relativas a direitos sociais sejam suprimidas ou diminuídas por medidas que possam, de qualquer modo, desfavorecer o progresso e o avanço social. Trata-se de uma diretriz que orienta o Poder Público a não alterar prejudicialmente as conquistas sociais, conferindo-lhes um certo grau de segurança jurídica e estabilidade.



O princípio do retrocesso social também foi positivado em nosso texto constitucional. Especificamente no que concerne aos direitos trabalhistas, espécies dos direitos sociais, há expressa previsão constitucional quanto à progressividade de tais direitos no *caput* do art. 7º, que prevê uma cláusula de abertura a outros direitos de idêntica natureza que visem à melhoria da condição social da pessoa trabalhadora.

Os direitos humanos trabalhistas estão em xeque. Mais do que nunca, os magistrados e demais órgãos vinculados à administração da Justiça do Trabalho deverão exercer o controle difuso de convencionalidade na proteção do postulado da dignidade humana e dos direitos que lhe são subjacentes.

7 CONCLUSÃO

A Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, desobedece tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário e que prevêem normas aplicáveis às relações de trabalho universalmente reconhecidas.

Do ponto de vista formal, a reforma trabalhista contraria os dispositivos previstos no art. 2º, 1, da Convenção nº 144, e art. 7º da Convenção nº 154, ambas da OIT, tendo em vista que o projeto que lhe deu origem correu a toda pressa no Congresso Nacional, tendo sido elaborado à míngua de debates e discussões sociais, sem que os interessados participassem ativamente da sua elaboração. Ademais, em seu conteúdo, a nova regreflexibiliza, desregulamenta, desprotege e precariza, opondo-se à noção de trabalho decente propugnada pela Organização Internacional do Trabalho.

Além de violar formal e materialmente os direitos humanos trabalhistas, a reforma contraria a o princípio da vedação ao retrocesso social previsto no Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que traça uma diretriz para o Poder Público no sentido de não modificar prejudicialmente as conquistas sociais, inclusive a evolução normativa relacionada aos direitos que lhe são subjacentes.



Com efeito, se o legislador pátrio não se desincumbiu da sua obrigação de salvaguardar os direitos humanos durante a realização do processo legislativo e da inovação no mundo jurídico-trabalhista, devem os juízes e tribunais brasileiros analisar a conformidade da lei com os tratados e convenções internacionais.

No atual momento de afronta aos direitos humanos pelo Legislativo com a chancela do Executivo, cabe ao Judiciário exercer o controle difuso de convencionalidade para protegê-los e torná-los efetivos. Trata-se de uma obrigação do magistrado trabalhista decorrente do princípio da supremacia convencional e da vedação ao retrocesso social.

REFERÊNCIAS

- BELTRAMELLI NETO, Silvio. Direitos humanos. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E. Los derechos fundamentales. 11ª ed. Madrid: Tecnos, 2013.
- RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SARLET. Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.





OS DESAFIOS JURISDICIONAIS À SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO ESTADOS SOBERANOS DIANTE DA GLOBALIZAÇÃO DA JUSTIÇA

.....

Mayara Nunes Medeiros de Souza¹
Rosa Maria Freitas do Nascimento²

1 INTRODUÇÃO

Pode-se afirmar que ainda se vive, no mundo moderno, o paradigma adjudicatório estatal, no âmbito das justiças internacional e nacional pública (pois prestada pelo Estado), que passa a mensagem para a sociedade que se trata de um serviço público, e, por conseguinte, haveria a oferta na modalidade de um bem civilizatório: o acesso à justiça e a prestação jurisdicional (direito subjetivo público).

A existência desse modelo de gestão dos conflitos pode ser caracterizada como sistema territorial, focado na soberania estatal, e, por conseguinte, restrito ao espaço-tempo da cidadania, bem como teria como outra característica a gestão institucional dos litígios e a produção do discurso jurídico pelos agentes públicos estatais. A atividade de gestão estatal dos conflitos, na forma como se conhece hoje, estaria em crise, mas preferise a denominação, processo de reorganização, pois o que se verifica não é a mera desordem ou desaparecimento, mas uma mudança de paradigmas no que toca aos meios de solução de conflitos.

Considera-se que toda sociedade tem meios de promover a 'justiça', pois se considera que da mesma forma que o conflito faz parte da vida humana em comunidade, os meios de 'solucioná-lo' também existem dentro deste ambiente. Não se trata, aqui, das relações conflituosas a partir de um ponto vista antropológico, de classificar as melhores

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco

² Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; Professora da Universidade Católica de Pernambuco contratuais internacionais".



práticas e sistemas de resolução, mas de entender que, em cada época e lugar, se desenvolvem diferentes sistemas de resolução de conflitos, capazes, até certo ponto, de manter a estabilização das relações sociais, comerciais, internacionais, etc.

Considera-se que não existem práticas e modelos perfeitos de resolução de conflitos, mas formas de gestão dos litígios histórica e socialmente construídas, de acordo com a evolução do grau de complexidade das relações tuteladas e das necessidades que surgem. Assim, é natural que com o tempo um modelo necessariamente seja superado por outro, dada a mudança das condições objetivas que determinaram sua emergência.

Diante da evolução da tecnologia e das formas de interação entre sujeitos de direito, juntamente com a crescente complexidade das relações (e, portanto, dos conflitos que delas advêm), verifica-se uma tendência de globalização jurisdicional assim como se deu com o comércio e as relações negociais. É natural que os Estados tomem parte em conflitos com entes (estatais ou não) e com pessoas (jurídicas ou não), visto que participam também de variadas relações que ensejam uma tutela jurisdicional, e perante o surgimento de tais conflitos, é importante observar a influência de características próprias dos Estados na forma de resolução das controvérsias.

O presente artigo tem o objetivo de observar a questão das limitações espaciais do modelo adjudicatório estatal de promoção da justiça, discutindo-se possíveis inferências a partir da crítica à soberania como justificativa para o controle jurisdicional pleno. Parte-se da premissa de que o sistema econômico globalizado requer um novo modelo (ainda em desenvolvimento) de gestão dos conflitos que acompanhe as alterações de suas necessidades, ou seja, desterritorializado, global e em rede.

Um dos exemplos da mudança de paradigma no que toca ao monopólio jurisdicional é a utilização de arbitragem para solução de conflitos, que em âmbito internacional se apresenta como sistema autônomo e independente. Toma-se como exemplo, na análise, o CIRDI – Centro Internacional de Resolução de Disputas de Investimento, fruto da Convenção de Washington de 1965.



2 AS TRANSFORMAÇÕES DO CAPITALISMO:

SOBERANIA/IDENTIDADE/TERRITÓRIO – APROXIMAÇÕES NECESSÁRIAS

O conceito de soberania que se utiliza nessa pesquisa é o de Hardt e Negri (2001, p. 88), para quem a soberania é um conceito moderno, articulado em três fases: descoberta revolucionária do plano da imanência; reações contra as forças imanentes; e resolução temporária e parcial da crise com a formação do Estado Moderno.

Surgiu, assim, um conceito no meio termo desta configuração, a soberania mediada por outros valores, buscando unir os dois pontos da escala, apresentando-se como “os desejos isolados dos diversos indivíduos que convergem e são representados pelo desejo do soberano transcendente” (HARDT e NEGRI, 2001, p. 101). As ideias do Estado como representação dos interesses do povo, e de soberania como atributo da legitimidade para com o conjunto de seus representados, encontram fundamentação nos pensadores contratualistas, como Rousseau (1964, p. 429).

Para Hardt e Negri (2001, p. 103), o que fez com que o modelo europeu de organização política e de Estado se sobrepusesse aos demais, através de um discurso basicamente etnocêntrico, foi o diferencial proporcionado pelo sistema de produção do capital. Quando se aplica essa inferência à questão da centralização da produção do discurso jurídico nas mãos do Estado (sendo, por excelência, um discurso de poder), a primeira decorrência prática é que apenas um ente (Poder Judiciário) poderia gerir os litígios sociais, retirando dos indivíduos a capacidade de fazê-lo autonomamente.

Obviamente, o Estado Moderno de Direito e, posteriormente, o Estado de Bem-Estar-Social, concentra a função de mediador e solucionador de conflitos, diante das grandes diferenças entre os indivíduos de uma mesma sociedade, criada fundamentalmente por suas condições de vida incompatíveis entre si. Os instrumentos políticos e jurídicos de intervenção na economia, ou de redistribuição da riqueza, como tentativas de promoção da igualdade de forma geral, são exemplares da contradição fundante (OFFE, 1990, p. 65) no âmbito interno dos Estados, mas também pode ser observada no plano internacional quando dos tratados, acordos de cooperação ou



convenções que o valham, sendo a multiplicação de processos judiciais uma decorrência da insatisfação social.

O Estado Moderno, em todas as suas fases e âmbitos, guarda a profunda contradição de buscar sempre manter o equilíbrio entre duas forças: a que se sobressaiu no poder, e se beneficia pela lógica do sistema, e aquela que não auferes os benefícios do poder constituído. A fragilidade deste equilíbrio é mantida por uma estrutura que se apresenta como ou tenta aparentar ser incondicional e absoluta, a exemplo dos sistemas político e jurídico.

Foi esse pensamento que permaneceu inerente ao conceito de Estado, legitimando o poder de decisão dos governantes em sua atuação interna e externa. Fazia-se crer, como unidade nacional, na edição de leis, no monopólio da jurisdição e do poder coativo do Estado. Transpondo para a esfera de reivindicações jurídicas, trata-se de pretensões que não podiam ser satisfeitas a contento nos planos políticos e econômicos, criando-se a ideia de que o judiciário seria a via final que solucionaria todas as questões antes não atendidas.

A atuação do Estado nas diversas esferas das competências historicamente assumidas, e suas possíveis impossibilidades práticas de sucesso, pode engendrar a percepção de que as 'leis' do mercado são as mais adequadas, uma lógica do sistema, não uma lógica dos homens, pois tudo que segue as regras de um ente despersonalizado tem mais impacto de aceitação (FUKUYAMA, 2005, p. 26). A soberania que a princípio representou, externamente, o ideal de autodeterminação de um Estado diante das possíveis ingerências de outros, hoje, enclausura as possibilidades reais de efetivação de uma nova ordem.

Para Hardt e Negri, vive-se hoje um processo de transição das soberanias. A vertente crítica se pronuncia contra os argumentos das teorias pós-colonialistas e pós-modernas que, por sua vez, incorreriam, num grave erro ao contribuir para a política global do capital, mesmo que isso não seja, conscientemente, a pretensão. Quando se opta pela interpretação de um momento 'pós-soberano', como seria o atual, geralmente se refere à circulação de informação, consumo de bens, indústria cultura, fim de protecionismo



econômico, etc. Uma agenda puramente econômica e capitalista, que apresenta uma 'pós-soberania seletiva' (HARDT E NEGRI, 2001, p. 157).

É assim que, para Hardt e Negri há sempre a preponderância do capital sobre as instituições, pelo que o processo culmina em desequilíbrio, pois o espaço político, que é o espaço da cidadania, não corresponde ao espaço do capital, espaço-tempo da produção (SANTOS, 2010. p. 286). É assim que, diante da globalização do capital e das relações que o envolvam, o modelo primário de solução de conflitos, considerando a soberania dos Estados como elemento de separação e individualização territorial do poder decisório, encontra-se a quem das necessidades jurisdicionais hodiernas, dada a globalização dos próprios conflitos.

3 A 'DESARTICULAÇÃO' DO ESTADO E DA JURISDIÇÃO COMO FENÔMENO GLOBAL

A modernidade se estruturou sobre o pano de fundo do sistema econômico capitalista. Nas sociedades mundiais atuais, com alto grau de complexidade simbólica (LUHMANN, 2002), organizadas em redes sociais globais (CASTELLS, 2000, p. 35), muitos dos velhos conceitos sobre soberania, e nesse aspecto, o reconhecimento jurídico do Estado como dono do poder decisório, precisam ser revistos.

Ao falar em desarticulação do Estado, quer-se remeter à desestruturação do espaço-tempo da cidadania em razão do desenvolvimento do espaço-tempo mundial. Tal ideia advém da proposição de Santos (2010, p. 286), de acordo com quem, seriam quatro os tipos de espaço-tempo estruturais: espaço-tempo doméstico (lugar das relações familiares, entre cônjuges, pais e filhos), espaço-tempo de produção (relações de produção ou mercado), espaço-tempo da cidadania (relações dos cidadãos com o Estado) e espaço-tempo mundial (globalização da economia).

Considera-se, aqui, que dois fatores são determinantes: a escala de influência do sistema econômico, que funciona pressionando as fronteiras jurídicas e as limitações



territoriais dos Estados; e a ineficácia do sistema jurídico centrado na soberania territorial e no monopólio jurisdicional. Importante ressaltar, ainda, que não se pode dizer que haja uniformidade na vivência dos espaço-tempos entre os Estados, seja dentro de seus próprios territórios, seja no plano global, o que aumenta a complexidade dos conflitos a serem solucionados.

Diante do ritmo vertiginoso em que ocorrem as mudanças comerciais, econômicas, sociais, etc., é patente a dificuldade de se operar o controle das questões conflituosas na velocidade do capital global, o que acarreta a inexistência um sistema jurídico que efetivamente funcione nessa escala. Martin e Schumann (1998, p. 257) classificam tais práticas como crimes sem fronteiras, alertando para a impotência dos Estados em combater a anárquica circulação do capital, o que evidentemente também se aplica ao controle da existência de relações interfronteiriças – das mais variadas naturezas possíveis.

A função burocrática do Estado, nos termos da teoria weberiana presa a critérios funcionais e legalistas, somadas à assunção de atribuições do Estado de Bem-Estar, não lograram o êxito desejado. Não há meios de os aparelhos judiciários viabilizarem por si só a concretização da igualdade, interna ou internacionalmente, observando-se a mera ampliação das expectativas, bem como sua frustração.

Em razão do processo de industrialização e desenvolvimento político e econômico, – que não é local, mas global – o papel do Estado de interventor com escopo de bem comum, que sempre esteve presente na sociedade de segurança (BECK; GIDDENS; LASH, 2000, p.21), tem sido mitigado, assim como as fronteiras entre os países ricos e pobres, entre o Norte e o Sul, ainda que as condições sociais e econômicas verificadas em cada um sejam totalmente diferentes.

Contrapondo esses fenômenos à teoria clássica do Estado, o território representa o âmbito sobre o qual o Estado exerce sua potestade, e onde, por outro lado, encontram-se as relações econômicas que também se exercem nos limites de suas dimensões espaciais, e por vezes territoriais, porém não se confundindo.



Para Raffestin (1996, p. 176) a principal incongruência entre a dimensão espacial do Estado Moderno (representado pelo território) e os interesses na economia refere-se ao fato que: as relações econômicas apresentam um processo contínuo de transformações com relativa estabilidade devido à característica de que no mercado não há *fidelidade* geográfica, enquanto no âmbito das relações estatais a territorialidade é um dos pressupostos indispensáveis diante do caráter de permanência típica do poder político.

Cabe, por oportuno, ressaltar que os processos de divisão dos Estados no mundo não ocorreram de forma uniforme. Hoje convivem Estados que sequer definiram suas fronteiras políticas, como nos países africanos, outros definidos, outros ainda que estão trilhando outro caminho ao regionalizar suas fronteiras, como ocorre na Comunidade Europeia.

Somando as categorias propostas por Giddens (2001, p. 213), de reorganização do Estado na nova ordem global, com as digressões de Jameson (2001, p. 332) cada uma das três fases do capital tem gerado um tipo de organização do espaço de atuação dos Estados.

No contexto do território no mundo pós-moderno, ou seja, dentro de uma economia mundializada que funciona através de redes globais cada vez mais eficientes diante do processo de informatização. A importância das redes nessa nova fase do capitalismo, pode ser expressa nas palavras de Leila Christina Dias:

À escala planetária ou nacional, as redes são portadoras de ordem – através delas as corporações se articulam, reduzindo o tempo de circulação de todas as escalas nas quais operam; o ponto crucial é a busca do ritmo, mundial ou nacional, beneficiando as escalas gerais de produtividade, de circulação e de trocas. (DIAS apud CASTRO; GOMES; CORRÊA, 2003, p. 154).

Noutro aspecto, pode-se identificar o processo de regionalização, diante da interdependência política e econômica na atualidade, que, por sua vez, não é homogêneo. Advém daí a divisão entre centro e periferia, diante da importância política e econômica de determinado Estado ao provocar o surgimento de relações assimétricas no âmbito internacional (GOUSSI apud CASELLA; LIQUIDATO, 2006, p. 213).



Nota-se a existência de um processo de segregação não só de natureza militar, mas particularmente no plano econômico, para a proteção dos mercados regionalizados, considerando aquelas organizações supranacionais que ultrapassam ou mitigam as fronteiras do Estado-Nação. Este é o caso da União Europeia, que criou uma nova área de jurisdição para a circulação de mercadorias, capital e pessoas, e, noutra vertente, limita a penetração daqueles refratários ou possíveis comprometedores do processo.

4 A POLICONTEXTUALIDADE, TEUBNER E DESTERRITORIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Parte-se, aqui, da premissa que o sistema de administração da justiça, tipicamente adjudicatório e centralizado, cederá espaço para um modelo policontextual e em rede, como a sociedade e as relações econômicas e produtivas exigem. Isso não significa, porém, o fim da tutela estatal, mas simplesmente sua competição/colaboração/coexistência com outros entes responsáveis pela solução de conflitos. Considera-se, portanto, que a desarticulação do domínio sobre as relações comerciais, econômicas e sociais, antes pertencente ao Estado, faz com que a produção do discurso jurídico também deixe de ser exclusiva da atividade adjudicatória estatal, passando a um modelo em que vários atores participam do processo de sua produção nos cenários nacionais e internacionais.

O sucesso das relações econômicas, atualmente, passa pela desterritorialização e desestatização da justiça, permitindo que, mesmo não utilizando os meios coercitivos inerentes ao Estado, sejam solucionados os litígios existentes. Tal desjudicialização apresenta-se, então, como processo de produção de meios de resolução de conflitos não estatais, como a mediação privada e a arbitragem, crescentemente utilizadas quando do surgimento de contendas internacionais, inclusive interestatais.

Importante notas, acerca da produção do discurso por atores diversos, que é com esse processo de desestatização e desconcentração do monopólio jurisdicional que se tem



um processo de criação de uma nova forma jurisdicional, mais global. Nesse sentido, destaca Teubner (2005):

Pero em la medida en que el Derecho mundial autónomo se apoye em recursos propios, y se na organizaciones, organizaciones no gubernamentales, medios internacionales, empresa multinacionales, despachos globales de abogados, cortes de arbitraje globales, los que impulsen el proceso global de configuración jurídica, la creación autónoma del derecho también interviene de modo determinante em el proceso de formación de su constitución sectorial.

É tomando como base a teoria sistêmica de Teubner e sua ideia de policontextualidade que se demonstra, aqui, a existência de uma produção policontextual do direito, em que não apenas vários atores diferentes participam atuando em diferentes cenários fáticos, mas também utilizando formas diversas de solução.

Na sociedade mundial, demasiadamente complexa, a produção normativa não se centra na figura jurídica do Estado e a emergência de uma nova ordem global faz com que surjam instituições, que mesmo não possuindo a força expropriatória do sistema adjudicatório estatal, produzem decisões jurídicas com força coercitiva segundo a lógica de exigibilidade da sociedade em rede.

Algumas das questões que hoje mais desafiam o sistema jurídico na forma de modelo adjudicatório estatal é o tempo da decisão judicial, o excesso de formalismo jurídico e a inadequação a um sistema mundo global. Como se colocou nos tópicos anteriores, os modelos de discurso jurídico tradicional, fincados na soberania estatal, já não correspondem satisfatoriamente ao ritmo e contexto de inovação e complexidade das relações jurídicas internacionais.

Teubner assevera que é através da sociedade civil que o direito se expande, no caso, na sociedade civil global, pelas instituições sociais e atores sociais que fazem circular as pessoas, coisas e informações na sociedade em rede. Veja-se:

O direito global (não: "inter nacional"!), nesse sentido, é um ordenamento jurídico *sui generis* que não pode ser avaliado segundo os critérios de aferição dos sistemas jurídicos nacionais. Não se trata, como muitos supõem, de um direito atrasado ainda, em comparação com o direito nacional, determinados déficits estruturais. Muito pelo contrário, esse ordenamento jurídico, já amplamente configurado nos dias atuais, distingue-se do direito tradicional dos Estados-



Nações, por determinadas características, que podem ser explicadas, por processos de diferenciação no bojo da própria sociedade mundial. Porque, por um lado, se o direito global possui pouco respaldo político e institucional no plano mundial, por outro, ele está estritamente acoplado a processos sociais e econômicos dos quais recebe seus impulsos essenciais (TEUBNER, 2003, p. 11).

Ao propor uma alternativa à teoria constitucional centrada no Estado, Teubner traz a proposta de que podem haver múltiplas fontes de produção discursiva, não havendo uma necessária preponderância da fonte normativa estatal, e ampliando-se o espectro jurisdicional para solução dos conflitos. De certa forma, propõe que diante da complexidade das relações globais, tem-se um direito “inter nacional”, que em razão da globalização, prevê o tratamento de problemas em nível planetário e não em diferentes níveis territoriais (STERN, apud COSTA, 2006).

5 ESTADOS SOBERANOS E A GESTÃO DE CONFLITOS PELO CIRDI

Com a dinamização e aumento da complexidade dos conflitos internacionais envolvendo Estados, seja em casos onde uma das partes é um particular ou entre duas entidades soberanas, cresceram também os meios de solução, surgindo, junto às cortes internacionais, entidades supranacionais como o CIRDI.

A utilização da arbitragem, por exemplo, para solução de controvérsias internacionais, tornou-se um meio extremamente atrativo em razão, especialmente, de características como celeridade, flexibilidade e especialidade dos árbitros. Assim como no comércio internacional, as relações de investimentos internacionais envolvendo Estados requerem um alto grau de cuidado no que concerne à imparcialidade dos árbitros e, especialmente, em relação às leis aplicáveis, a fim de não haver favorecimento de uma das partes na disputa.

O CIRDI (Centro Internacional para Resolução de Disputas de Investimento) é um braço do Banco Mundial, criado através da Convenção de Washington de 1965, com Regulamento e Regras próprios (2006), a fim de proporcionar às partes atuantes em



investimentos internacionais um mecanismo de solução de controvérsias efetivo, seguro e imparcial, promovendo assim cooperação e desenvolvimento econômico.

A ideia do CIRDI, assim como de outros órgãos e dos tribunais internacionais, é não deixar, diante do surgimento de um conflito envolvendo múltiplos Estados legislações, que uma das partes esteja em vantagem através da resolução do conflito nas suas cortes nacionais, mas garantir o grau de independência e imparcialidade necessário, bem como a efetividade das decisões em relação à outra parte.

O artigo 26 da Convenção de Washington prevê que ao adotar, através da ratificação da mesma, a solução de eventuais controvérsias através de arbitragem, as partes excluem, no ato, a possibilidade de adotar, posteriormente, qualquer outro meio jurisdicional de solução de conflitos. A princípio, a imposição de exclusividade de jurisdição pode parecer uma afronta à soberania nacional, posto que, aparentemente pela simples ratificação da Convenção, os Estados-parte estariam impedidos de levar os conflitos às suas cortes nacionais, mas tal soberania é totalmente respeitada, quando exercida sua autonomia soberana da vontade.

O próprio artigo 26 da Convenção, que prevê a exclusividade de jurisdição do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos, o faz com a ressalva de que as partes podem dispor em sentido diverso. Ainda, os Estados têm a opção de requerer que sejam primeiramente exauridos os remédios e processos judiciais ou administrativos internos antes de instaurar o procedimento arbitral.

Observe-se, assim, que a soberania dos Estados é respeitada através da possibilidade de exercício de sua autonomia da vontade, não apenas na ratificação da Convenção, mas ainda na possibilidade de fazer previsões diferentes em relação à exclusividade de jurisdição no contrato de investimento. Ademais, além de a jurisdição do CIRDI ser primordialmente *ratione materiae*, não interferindo em quaisquer outros conflitos dos Estados se não aqueles atinentes a investimentos, como diz o artigo 25 (1) da Convenção, é necessário consentimento escrito das partes para que suas regras possam ser aplicadas ao conflito.



A impossibilidade de desistência unilateral, prevista no mesmo artigo, também não configura uma afronta à soberania nacional, mas ao contrário, constitui-se em garantia e segurança jurídica, especialmente para o investidor. A ideia desta determinação é, fundamentalmente, evitar a utilização da chamada “doutrina da necessidade” (HILL, 2007) ou “defesa da necessidade” (GALVEZ, 2003), quando o Estado tenta justificar a quebra de contrato sob alegação de a ação haver sido necessária para proteção da ordem pública, meio ambiente, economia, etc.

Pode-se considerar, inclusive, que é um exercício de soberania dos Estados a previsão em contratos e adoção de tratados que preveem a submissão de seus litígios à arbitragem, uma vez que manifestada sua vontade, demonstrando sua pré-disposição à adoção de uma alternativa jurisdicional (MAGALHÃES, 1988, p. 48).

A própria adoção de arbitragem para resolução de conflitos internacionais demonstra a desnacionalização e descentralização (FEITOSA & NERI, 2014) do poder judicante, pois ao invés de reservar-se a jurisdição a um Estado envolvido (em razão de eventual competência territorial, por exemplo), dá-se um caráter supranacional à solução da controvérsia.

Os procedimentos sob os auspícios da Convenção de Washington podem ser tanto administrados pelo CIRDI quando *ad hoc*, pelo que é importante observar que a jurisdição a que se submetem os Estados não pertence ao CIRDI em si, mas trata-se da jurisdição da arbitragem internacional, sistema autônomo e independente (GAILLARD, 2014, pp. 31-35). Assim, como é comum às decisões advindas de procedimentos arbitrais, aquelas originadas de conflitos sob a tutela da Convenção são vinculantes e finais, conforme dispõe seu artigo 54.

A execução das sentenças, conforme artigo 55 da Convenção, não pressupõe ou impõe a derrogação de leis nacionais acerca de imunidades, cabendo aos próprios Estados, então, através de suas cortes nacionais, garantir a eficácia das decisões mediante execução.



6 CONCLUSÃO

Diante do constante crescimento da complexidade das relações comerciais, internacionais, civis, contratuais, e tantas outras, é necessário avaliar o sistema atual de solução de conflitos nos mais diversos âmbitos a fim de analisar o que pode ser melhorado, para que o sistema jurídico possa acompanhar as evoluções e mudanças sociais e econômicas mundiais.

Diante do processo contínuo e cada vez mais frequente de globalização e internacionalização de relações e disputas, é necessário que o direito, que é expressão e produção social, busque atender às necessidades dos sujeitos de direito na medida em que estas evoluam e se modifiquem de acordo com as diferentes conjunturas. Observa-se grandes mudanças que já ocorreram ao longo das épocas pelas quais passou a sociedade mundial diante das alterações nas relações de poder, comerciais, econômicas, etc.

No direito internacional tem-se cada vez a tendência de que as soluções dos conflitos se tornem descentralizadas, não apenas geograficamente, mas também jurisdicionalmente. Em especial pela característica de envolver estados soberanos, é necessário que se crie mecanismos sólidos, seguros e confiáveis para fazê-lo, a fim de garantir segurança jurídica tanto aos Estados que possam estar litigando entre si quanto ao particular que se vê na situação de conflito com um Estado, necessitando do devido amparo para que o processo seja realmente efetivo e satisfatório para as partes, no sentido de solucionar de fato a contenda endereçada.

Os Estados, que ao mesmo tempo em que têm limites territoriais e formais a respeitar, mostram-se cada vez mais propícios a adotar maneiras descentralizadas de solucionar os conflitos tanto internos quanto externos, autorizando assim, no âmbito externo, uma desterritorialização do poder jurisdicional, a partir da conferência de autoridade a entes autônomos como cortes internacionais ou centros de arbitragem como o do CIRDI.

O que se observa, portanto, é que apesar de haverem ainda diversos desafios a serem superados no que toca à submissão de Estados soberanos a jurisdições globais para



solução de seus conflitos, esta tendência é cada vez mais presente, em razão do constante processo de globalização internacional. Com as mudanças de paradigmas em relação ao monopólio jurisdicional e do discurso jurídico pelo Estado através do Poder Judiciário, passando-se a um sistema jurisdicional em rede, acompanhando as relações internacionais, o que se espera é que cada vez mais sejam utilizados meios de resolução de controvérsias como a arbitragem, nas mais diversas matérias e esferas possíveis.

REFERÊNCIAS

- BECK, U.; GIDDENS, A.; LASH, S. (2000). *Modernização reflexiva*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Paz e Terra.
- BAYÓN, Juan Carlos; *Derechos, Democracia y Constitución*, Revista Discusiones, Ano 1- n.1, Edicions, Bahía Blanca.
- CASTELLS, M. (2000). *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra.
- COSTA, L. M. L. (2006). *A Arbitragem do Centro Internacional de Resolução de Disputas Sobre Investimentos (CIRDI): uma análise sobre a autonomia do consentimento dos Estados*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/88365/228127.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 10/11/2017.
- DIAS, L. C. (2003). *Redes: emergência e organização*. In CASTRO, Iná Elias; GOMES, Paulo César da Costa; CORRÊA, Roberto Lobato (Org). *Geografia Conceitos e Temas*. 5 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- GALVEZ, C. C. (2013). "Necessity," Investor Rights, and State Sovereignty for NAFTA Investment Arbitration [Eletronic version]. *Cornell International Law Journal* Vol. 46. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol46/iss1/5/>. Acesso em: 10/11/2017.
- GAILLARD, E. (2014) *Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional*. Atlas.
- GIDDENS, A. (2001). *Estado-Nação e Violência*. v.2. São Paulo: UNESPE.
- GUSSI, E. H. B. (2006). *Soberania e supranacionalidade*. In. CASELLA, Paulo Borba; LIQUIDATO, Vera Lucia Viégas. *Direito da Integração*. São Paulo: Quartier Latin,
- FEITOSA, M. L. P. de A. M. & NERI, C. S. C. (2014). *Investimento Estrangeiro e Direitos Humanos: o modelo ICSID de resolução de diferendos [versão eletrônica]*. *Revista Publica Direito – Direito Internacional II*. CONPEDI. pp. 88 – 114. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8ad6635f33710af6>. Acesso em: 20/10/2017.
- FUKUYAMA, F. (2005). *A construção dos Estados*. São Paulo: Rocco.



- HARDT, M. & NEGRI, A. (2001). Império. Rio de Janeiro: Record.
- HABERMAS, J. (1987). Teoría de la acción comunicativa: Tomo II: Crítica de la razón funcionalista. Madrid: Taurus.
- HILL, S. F. (2007). The "Necessity Defense" and the Emerging Arbitral Conflict in Its Application to the U.S.-Argentina Bilateral Investment Treaty [Electronic version], Law & Business Review of the Americas, vol 13. Disponível em: <http://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1297&context=lbra>. Acesso em: 20/10/2017.
- JAMESON, F. (2001). Teoría de la postmodernidade. Madri: Trotta.
- LUHMANN, N. (2002). El derecho de la sociedad. México: Universidad Iberoamericana/ Universidad Nacional autónoma de México.
- MAGALHÃES, J. C. de. (1988). Do Estado na Arbitragem Privada. São Paulo. Max Limonad.
- MARRAMAO, G. (1995). Poder e secularização: as categorias do tempo. São Paulo: UNESP.
- MARTIN, P.; SCHUMANN, H. (1998). La trampa de la globalización: el ataque contra la democracia y el Bienestar. Madrid: Tauros.
- OFFE, C. (1990). Contradicciones nel Estado del bienestar. Madri: Alianza Editorial.
- RAFFESTIN, C. (1996). Por uma geografia do poder. Trad. Maria Cecília França. São Paulo: Ática.
- ROUSSEAU, J-J. (1964). Oeuvres complètes. Paris: Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, V. 3.
- SANTOS. B. de S. (2010). Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez.
- SOUZA, J. (2000). A modernização seletiva. Uma reinterpretação do dilema brasileiro. Brasília: UNB.
- STERN, Br. (2000) Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international: que disent le travaux préparatoires? Souveraineté Étatique et Marchés Internationaux à la fin du Vintième Siécle. Dijon, France: Université de Bourgogne – CNRS, Année 2000, v. 20, p. 223-364, apud COSTA, L. M. L., 2006.
- TEUBNER, G. (2003). A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. In. Impulso, Piracicaba, 14 (33).
- TEUBNER, G. (2005). Globalización y constitucionalismo social: alternativas a la teoria constitucional centrada em el Estado. AFDUAM nº 9. Disponível em: www.uam.es/otros/afduam/pdf/9/199226%20gunther%20teubner.pdf. Acesso em: 15/10/2017.
- WORD BANK. ICSID Convention, Regulations And Rules. Washington, DC. 2006. Disponível em:



<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/ICSID%20Convention%20English.pdf>. Acesso em: 21/10/2017.

WORLD BANK. Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States. Disponível em: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_en-archive/ICSID_English.pdf. Acesso em: 21/10/2017.

.....



CIDADANIA REGIONAL E CIRCULAÇÃO DE PESSOAS EM PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO:

UM ESTUDO SOBRE O MERCOSUL À LUZ DO PLANO DE AÇÃO PARA O ESTATUTO DA CIDADANIA E OS DESAFIOS PARA A INTEGRAÇÃO DO BLOCO

.....
Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza¹
João Mauricio Malta Cavalcante Filho²

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo refletir acerca da noção de cidadania em processos de integração regional, com especial enfoque na dimensão da liberdade de circulação de pessoas, enquanto um dos principais direitos que integram o conceito de cidadania regional, tendo como objeto de estudo o processo de integração mercosulino e as medidas tendentes a consolidar a referida liberdade na região. Para tanto, leva-se em consideração o contexto de uma nova ordem global, pautada pelo comércio multilateral, pela criação de espaços regionais, pelo associativismo entre Estados e pela intensificação do processo de globalização, que alterou a ideia de cidadania, classicamente considerada como aquela restrita ao âmbito de um Estado-nação, e passou a compreendê-la em um contexto regional, em que direitos e obrigações são exercidos não apenas a nível nacional, mas também comunitário.

Nesse sentido, considerando a crescente mobilidade de pessoas por espaços comuns de integração, observa-se a tendência de que os direitos civis, políticos e sociais relativos à cidadania, bem como os direitos de mobilidade nela incluídos, passem a ser

¹ Professora Assistente. Doutora em Direito pela Faculdade de Direito do Recife - Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD). Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

² Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE). Bolsista CAPES. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).



regulamentados a nível regional, no bojo dos blocos de integração, sobretudo naqueles que pretendem concluir a etapa do mercado comum e instituir a livre circulação de bens, serviços, capitais e pessoas em face de seus cidadãos. Dessa forma, tais cidadãos deixam de ser considerados apenas nacionais dos Estados-membros e passam a ser considerados cidadãos de um bloco comum, dispondo de um estatuto jurídico favorecido, que confere um tratamento preferencial em comparação aos nacionais de países terceiros.

No âmbito do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), embora o bloco tenha sido criado, inicialmente, com objetivos marcadamente econômicos, com vistas a reduzir as assimetrias entre as economias dos países participantes, a partir de concessões tarifárias recíprocas, observa-se uma crescente tendência à valorização da sua dimensão social. A referida tendência tem se concretizado através da adoção de iniciativas políticas e jurídicas no sentido de posicionar o cidadão no centro do processo de integração regional, enquanto principal destinatário do projeto integracionista, sobretudo por meio da normatização da mobilidade de pessoas na região.

Dentre as medidas tendentes a reforçar a dimensão social do bloco mercosulino, o artigo ressalta os acordos que buscam regulamentar a circulação de pessoas no MERCOSUL, e as tentativas de ampliar os direitos de mobilidade, a partir da noção de cidadania regional, notadamente com o Plano de Ação para a conformação de um Estatuto da Cidadania do MERCOSUL, que apresenta, dentre seus objetivos gerais, a implementação da política de livre circulação de pessoas, principal dimensão de análise do estudo em comento. Dessa forma, propõe-se refletir se, e em que medida, a noção de cidadania mercosulina pode fomentar a consolidação da liberdade de circulação de pessoas na região, apontando os desafios jurídicos que ainda persistem à sua plena concretização.

Para atingir tais objetivos, a pesquisa pautou-se por uma abordagem metodológica qualitativa, de bases exploratórias, considerando que a cidadania mercosulina é um projeto em evolução, que será analisado sob a ótica teórica do Direito da Integração Regional e da Teoria Econômica da Integração, em cotejo com Direito Internacional



Privado, a partir da análise das normativas regionais pertinentes à circulação de pessoas, com especial destaque no Plano de Ação para o Estatuto da Cidadania. Dessa forma, a primeira seção do artigo aborda a noção de cidadania regional em processos de integração, seguindo-se da análise da regulamentação da livre circulação de pessoas no MERCOSUL e da tentativa de consolidar a cidadania mercosulina, por meio da análise do Plano de Ação e dos desafios normativos que persistem à integração do bloco.

2 INTEGRAÇÃO REGIONAL E CIDADANIA

Os processos de integração regional representam uma forma de os Estados se consolidarem diante de uma nova ordem global, marcada pelo comércio multilateral, pela globalização financeira e pela reconfiguração da soberania estatal. Por conseguinte, o projeto integracionista configura-se como uma associação voluntária de Estados, que envolve dimensões políticas, configuradas por laços de cooperação entre nações; dimensões jurídicas, pautadas pela harmonização das legislações pátrias, levando à formação de um ordenamento jurídico comunitário ou regional, a depender do modelo de integração pretendido; e, ainda, dimensões econômicas, que marcam o auspício associativista entre países (BARZA; PEREIRA, 2007, p. 8), configurado pela concessão de vantagens comerciais e tarifárias recíprocas, no intuito de reduzir as disparidades econômicas entre os participantes.

Nesse sentido econômico clássico, BALASSA (1966, p. 40) aponta a integração regional como um processo, caracterizado por uma série de medidas que objetivam eliminar as discriminações existentes entre as economias dos Estados participantes, tais como barreiras aos fluxos de bens e fatores de produção, conduzindo a um estado de fato, em que se verifica a efetiva abolição de discriminação entre as economias nacionais dos membros envolvidos. Dessa forma, a integração regional, sob o viés econômico, tende a aumentar as potencialidades dos Estados envolvidos no projeto integracionista, ao passo em que aumenta o poder de barganha desses países nos fóruns multilaterais de comércio, na medida em que forma grupos de pressão nessas instâncias. Além disso, amplia os



direitos, liberdades e garantias dos cidadãos dos países-membros, mormente em relação aos seus direitos de circulação, residência e trabalho no bloco regional.

Embora os processos de integração iniciem com motivações estritamente comerciais e econômicas, à medida que as etapas da integração regional avançam, aumentam-se, também, os desafios normativos para a consolidação de uma maior integração social e política no bloco, o que demonstra a complexidade dos fatores envolvidos na integração regional, cujas dimensões jurídicas, sociais, econômicas, culturais e políticas passam a estar mutuamente imbricadas. Nesse sentido, sobretudo quando o modelo de integração atinge a etapa do mercado comum, caracterizada pela a livre circulação dos fatores de produção, quais sejam, bens, serviços, capitais e pessoas, como já ocorre no bojo da União Europeia (UE) e como se pretende consolidar no âmbito do MERCOSUL, os aspectos sociais da integração vão se tornando cada vez mais relevantes. Isso porque é preciso assegurar um conjunto de direitos relativos à mobilidade, residência, trabalho, igualdade de acesso à seguridade social e proibição de tratamento discriminatório àquelas pessoas que são consideradas cidadãs dos países do bloco.

A noção de cidadania em blocos de integração, portanto, mostra-se relevante na medida em que confere aos nacionais dos Estados-membros um estatuto jurídico (CAMPOS, 2002, p. 69) que garante a efetiva fruição dos direitos de circulação e residência pelo espaço comum, reforçando a principal contrapartida social da integração regional, que interfere diretamente na vida cotidiana desses cidadãos, a partir das liberdades típicas do mercado comum, além de regular a participação do indivíduo nas esferas decisórias regionais.

2.1 A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA REGIONAL EM PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO

O conceito de cidadania, segundo MARSHALL (1992, p. 21) emerge como um conjunto de direitos em expansão, indispensáveis à sua realização, que inclui,



primeiramente, a noção de direitos civis, a partir do século XVIII; seguido por direitos políticos, no século XIX, e sobrepostos por direitos sociais do século XX. Isto é, a cidadania passa a ser concebida como o vínculo de pertencer a uma comunidade política, configurando-se em liberdade concebida de forma universal, identificada classicamente nas três gerações de direitos: os civis, a exemplo do direito à vida, à reunião e à propriedade; os políticos, relativos ao direito de votar e ser votado; e os sociais, como os valores do trabalho, do estudo e da saúde, desbordando da esfera unicamente eleitoral (COSTA, 2017, p. 256).

Neste ponto, embora não seja o objetivo do presente trabalho apresentar uma evolução histórica a respeito da noção de cidadania, cabe pontuar que, com a consolidação do Estado-nação, a cidadania passou a ser compreendida como o “vínculo jurídico entre governo, povo e território, com caráter diferenciador e excludente, em torno do qual se desenvolveram identidades culturais que deram lugar ao surgimento das nações” (BARALDI, 2011, p. 2), ou seja, como o conjunto de direitos e deveres decorrentes desse vínculo de pertencimento (CAMPOS, 2002, p. 69).

Com a transformação da comunidade política e o aumento de complexidade das sociedades atuais, representados pela intensificação do processo de globalização, com a intensificação dos fluxos transfronteiriços de bens e pessoas, a partir do reconhecimento de direitos de imigrantes nos países de acolhimento, com a presença de refugiados e apátridas em territórios regionais, e com o advento dos processos de integração regional, formando espaços de integração além do Estado-nação, a ideia clássica de cidadania também se transformou (BARALDI, 2011, p. 3). Nesse sentido, observa-se a construção de cidadanias regionais, em complementação às cidadanias nacionais tradicionais. Isso porque surge um conjunto de direitos e obrigações a ser realizado no nível regional, a exemplo dos direitos eleitorais, de circulação, de residência e de proteção consular.

Em decorrência desse fenômeno, a cidadania regional, que não é considerada nacional e também não é cosmopolita, surge como um conceito múltiplo e intermediário, ao fomentar identidades, direitos e obrigações que são decorrentes das instituições e de



Estados em associações voluntárias regionais (MEEHAN *apud* VOLPINI, 2007, p. 543). Cabe salientar, ainda, que a cidadania regional não exclui ou elimina a cidadania nacional, na verdade, soma-se aquela a esta. Os direitos da cidadania regional, portanto, “não substituem, prejudicam ou impedem a titularidade e o exercício dos direitos que cada país define em sua esfera jurídica” (DAL PRÁ, MENDES, MIOTO, 2007, p. 169), de modo que seu estatuto jurídico não é de exclusão, mas, sim, de sobreposição.

Dessa forma, percebe-se que os direitos que compõem a noção de cidadania em um contexto de integração regional representam a principal contrapartida social de um projeto de integração, tanto nos modelos de integração que visam a concluir a etapa do mercado comum, assegurando a liberdade de circulação dos fatores de produção, a exemplo do MERCOSUL, quanto nos modelos que criaram instâncias supranacionais de decisão política, que traz o desafio da configuração de uma democracia transnacional, a partir da participação dos cidadãos do bloco nessa esfera supranacional decisória, a exemplo da UE, bloco pioneiro nas discussões jurídicas acerca da cidadania em processos de integração, nos termos do art. 20 do Tratado de Funcionamento da UE (TFUE).

Pelo exposto, vê-se que os processos de integração contribuíram para a reconfiguração da cidadania na ordem global, tipicamente vinculada ao território de um Estado-nação, já que a cidadania não é mais apenas constituída por direitos civis, políticos e sociais de âmbito estritamente nacionais, mas passa a integrar também uma dimensão regional, no bojo das instituições comunitárias e regionais, a ser exercida em espaços de integração formados em blocos regionais.

2.2 CIDADANIA REGIONAL E CIRCULAÇÃO DE PESSOAS EM ESPAÇOS DE INTEGRAÇÃO

Nos processos de integração que atingiram a etapa do mercado comum, a dimensão social do projeto de integração torna-se mais evidente, condicionando a formação de espaços de integração. Nesse sentido, a livre circulação de pessoas



apresenta-se como um dos principais fatores de formação do espaço comum entre os Estados-membros, em que os fluxos comerciais e os fatores de produção que circulam pelas fronteiras nacionais passam a ser facilitados. Em consequência, “sob o prisma da circulação de pessoas, os obstáculos devem ser removidos de forma a promover e garantir a igualdade de direitos e o tratamento não discriminatório” (DIZ; JAEGER JÚNIOR, 2015, p. 154), com adoção de critérios flexíveis de mobilidade para os cidadãos autorizados a circular pelo espaço regional. Desse modo, normatizar os direitos de mobilidade das pessoas que circulam por esse espaço, como se tem tentado fazer no MERCOSUL a partir da construção da noção de uma cidadania regional, passa a ser um dos desafios para o bloco de integração.

Por conseguinte, RUBELLIN (2017, p. 12) aponta que a implementação da livre circulação no plano da integração enseja a adoção de compromissos regionais que fomentam a própria ideia de cidadania comunitária. Acerca da importância da livre circulação para a cidadania regional, AGUIRRE, MERA e NEJAMKIS (2010, p. 59) explicam que, ao contrário das concepções tradicionais, em um processo de integração, a livre circulação de pessoas conforma um espaço integrado entre os Estados-membros, de modo que um migrante não perde seus atributos de cidadania ao cruzar a fronteira intrarregional.

Além disso, considerando que a cidadania regional estabelece a igualdade entre os cidadãos de cada um dos Estados-membros no espaço integrado, relativamente aos seus direitos de mobilidade, contribui-se para reduzir o fator da irregularidade migratória, proporcionando uma passagem mais rápida e segura no bloco regional, a partir da adoção de acordos regionais que abarcam desde a gestão integrada de fronteiras até a harmonização dos documentos de viagem válidos para os cidadãos do bloco. Daí se afirmar que a livre circulação emerge enquanto categoria chave para a questão da cidadania regional (MOURA, 2014, p. 74), considerando-se como núcleo da dimensão social da integração.



Dessa forma, a livre circulação de pessoas apresenta-se como um dos principais direitos que integram o conteúdo jurídico da cidadania regional nos modelos de integração, a exemplo da cidadania da UE que comporta o direito de livre circulação, nos termos do art. 20 do TFUE, e do MERCOSUL, a partir do Plano de Ação para o Estatuto da Cidadania, que em seu art. 2º traz como objetivo da cidadania mercosulina a implementação de uma política de livre circulação de pessoas, razão pela qual se torna muito difícil pensar em uma efetiva cidadania do MERCOSUL sem que haja a plena liberdade de circulação, como se verá a seguir.

3 O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO MERCOSULINO: A BUSCA POR UM ESTATUTO DA CIDADANIA REGIONAL A PARTIR DA CIRCULAÇÃO DE PESSOAS

De início, é importante pontuar que o MERCOSUL foi marcado pelo associativismo entre as nações sul-americanas com foco eminentemente econômico, no sentido de formar um mercado comum na região. Para tanto, pautou-se na eliminação de barreiras aplicáveis ao comércio entre os países integrantes, na construção de uma política comercial comum e na coordenação de políticas macroeconômicas, por meio da harmonização legislativa em áreas comerciais prioritárias (MERCOSUL, 2016, p. 6).

Nesse sentido, destaca-se o Tratado de Assunção (1991), firmado por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, que institucionalizou o bloco, buscando o desenvolvimento da região com a eliminação dos entraves alfandegários, de modo que, nessa primeira fase de transição, a circulação estava associada a fatores produtivos, em geral, e de trabalhadores, em particular.

Na etapa seguinte, adotaram-se medidas progressivas no sentido de consolidar o mercado comum, uma vez que a livre circulação de pessoas passou a ser considerada como um valor a ser implementado no bloco. Como exemplo, observe-se a Decisão Conselho Mercado Comum (CMC) n. 12/91, que buscou incentivar a construção de um



espaço regional em que se possa circular livremente os cidadãos e residentes dos Estados partes do MERCOSUL. Além disso, menciona-se a Resolução Grupo Mercado Comum (GMC) n. 44/1994, que buscou garantir uma lista de documentos de identificação válida para instrumentalizar a livre circulação nos Estados do bloco. Por fim, menciona-se a Decisão CMC n. 05/93, conhecida como acordo de Recife, que regulamentou o controle integrado de fronteiras entre os Estados, garantindo o controle unificado, simultâneo e harmônico nas zonas fronteiriças, de cunho aduaneiro e migratório. Em síntese, a primeira fase da integração mercosulina, em matéria de circulação de pessoas, buscou garantir a circulação como uma forma de incrementar o intercâmbio econômico, comercial e turístico no MERCOSUL (AGUIRRE, 2010, p. 62).

Na sequência da integração mercosulina, a mobilidade de pessoas passou a ser representada pela preocupação em harmonizar os documentos de viagem válidos para circulação de pessoas no MERCOSUL. Nesse sentido, é de se observar a Resolução n. 58/96 do GMC, que trata da adoção de um modelo único de cartão de entrada e saída nos países. Além disso, aumenta-se a preocupação com a circulação na zona fronteiriça, por meio da Decisão CMC n. 18/99, acerca do trânsito vicinal fronteiriço entre países do MERCOSUL, buscando agilizar o trânsito de nacionais e residentes nessas áreas. Por fim, destaca-se a Decisão CMC 48/00 que trata sobre a isenção de vistos entre os Estados partes em relação aos migrantes de categorias laborais específicas, evidenciando uma circulação de pessoas associada e facilitada pelo trabalho.

A partir dos anos 2000, observa-se uma guinada na integração mercosulina em matéria de regulação migratória intra bloco. Isso porque há uma proliferação qualitativa e quantitativa dos acordos relativos à mobilidade de pessoas e às problemáticas associadas à migração, cujo marco principal remete aos acordos sobre migração e residência, firmados em 2002, no âmbito da XXIII Reunião do Conselho Mercado Comum.

Conforme aponta MOURA (2015, p. 637), os acordos sobre migração e residência representam importante avanço legislativo, configurando-se como instrumentos para o início da consolidação de um direito de livre circulação e residência no MERCOSUL. Tais



acordos reconhecem que a implementação de uma política de livre circulação de pessoas na região é essencial para fortalecer e aprofundar a integração e os laços fraternais no bloco. Dentre as principais inovações normativas, destaca-se o mecanismo facilitador da regularização da situação migratória na região para os nacionais dos Estados Partes, ao permitir que esses nacionais, quando se encontrem no território de qualquer outro Estado parte, possam efetuar o trâmite de regularização migratória sem necessidade de sair do país, independente da situação de ingresso. Além disso, o acordo de residência garante a igualdade de direitos e permite aos nacionais dos Estados do MERCOSUL requererem a residência em qualquer outro Estado parte com base na comprovação da nacionalidade, estabelecendo uma área de livre residência na região e o reconhecimento dos direitos dos cidadãos no bloco.

Finalmente, a partir de 2010, com a crescente importância da dimensão social, expressa pela própria cartilha da cidadania do MERCOSUL (2016, p. 8), inaugura-se uma nova etapa no bloco, em que o “o respeito aos direitos humanos; a erradicação da pobreza; e a garantia da igualdade de condições de acesso à educação, ao trabalho e à saúde contribuíram para inserção do conceito de cidadania regional”, cujo principal instrumento normativo é o Plano de Ação para a conformação do Estatuto da Cidadania do MERCOSUL. Em termos de mobilidade de pessoas, o acordo coloca como alvo prioritário de uma cidadania mercosulina, a plena implementação da política de livre circulação de pessoas na região, que vem sendo paulatinamente delineada, mas que ainda encontra óbices para concretização. Dessa forma, a ideia de circulação passa a ter como perspectiva o assentamento sobre uma base jurídica de cidadania regional, a ser fomentada pelos Estados.

3.1 PLANO DE AÇÃO PARA CONFORMAÇÃO DO ESTATUTO DA CIDADANIA DO MERCOSUL

O Plano de Ação para Conformação do Estatuto da Cidadania do MERCOSUL, expresso na Decisão CMC n. 64/2010, foi lançado na XL Reunião do Conselho Mercado



Comum, ocorrida em Foz do Iguaçu, em dezembro de 2010, durante a presidência *pro tempore* do Brasil no bloco. O Plano de Ação se constitui em uma estratégia regional para implementação do conceito de cidadão do MERCOSUL, com meta de conclusão até o ano de 2021, data de 30º aniversário do bloco, a partir de incentivo à integração em áreas prioritárias, nos termos do art. 2º, quais sejam: i) implementação de uma política de livre circulação de pessoas na região; ii) igualdade de direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicas para os nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL; e iii) igualdade de condições para acesso ao trabalho, saúde e educação.

Nesse sentido, o Plano de Ação pretende garantir um estatuto da cidadania mercosulina através da consolidação, aprofundamento e ampliação das prerrogativas existentes no direito derivado do bloco, formando um conjunto de direitos fundamentais reservados aos nacionais dos Estados partes do MERCOSUL, que passarão a ser considerados cidadãos mercosulinos, conferindo-lhes um estatuto jurídico próprio e favorecido.

Além de estabelecer meta para plena implementação do estatuto, o Plano de Ação também define os âmbitos de atuação de cada um dos eixos temáticos apontados, indicando as ações necessárias para conformar a cidadania regional. Observe-se que nos eixos de igualdade de direitos e liberdades entre cidadãos, e igualdade de acesso ao trabalho, saúde e educação, o Plano estabelece uma série de medidas relevantes, tais como: a revisão da declaração sociolaboral do MERCOSUL, aprovada em 2015, e o fortalecimento da Comissão Sociolaboral, buscando facilitar a livre circulação de trabalhadores; a possibilidade de integração dos cadastros de informações previdenciárias e trabalhistas, e o estabelecimento de programa de educação previdenciária do MERCOSUL; a simplificação dos trâmites para a equivalência de estudos e títulos de ensino superior e do sistema integrado de mobilidade acadêmica; a criação da placa comum de identificação veicular; e, até mesmo, o avanço nas discussões a respeito da concessão de direitos políticos aos cidadãos do MERCOSUL, com possibilidade de eleger parlamentares do bloco.



Dessa forma, percebe-se que o Plano de Ação realiza uma ampla compilação dos direitos dos cidadãos mercosulinos em diversos eixos de atuação. Em matéria de implementação da política de livre circulação de pessoas, uma das principais dimensões da cidadania regional, nos termos do art. 2º do Plano, o acordo em referência confere um tratamento especial ao determinar que o bloco deverá seguir a facilitação do trânsito e da circulação no espaço MERCOSUL, bem como promover a simplificação de trâmites, agilização de procedimentos de controle migratório e harmonização gradual dos documentos aduaneiros e migratórios.

Nesse ponto, a promoção da liberdade de circulação ganha especial relevo na conformação do Estatuto da Cidadania, uma vez que, como acentua KYOSEN (2016, p. 82), o direito de livre circulação passa a estar indicado na esfera do MERCOSUL como prerrogativa atrelada à noção de cidadania concebida no Plano de Ação, o qual enalteceu a imprescindibilidade da vigência de garantias de direitos e liberdades civis e sociais, assegurados a todos os cidadãos mercosulinos.

Para se alcançar a circulação no espaço MERCOSUL e a harmonização gradual dos documentos migratórios, cabe mencionar os acordos sobre migração e residência de 2002, anteriormente referidos. Isso porque tais acordos estabeleceram um direito de livre circulação bilateral (SALZMANN, 2012, p. 166), entre o país de origem do requerente e o país de acolhimento, de modo que o Plano de Ação pode representar uma perspectiva de ampliação dessa área de livre trânsito, não apenas no âmbito bilateral, mas para os demais Estados do bloco. Ademais, cumpre destacar os acordos sobre documento de viagem dos Estados partes do MERCOSUL e Estados associados, nos termos das Decisões CMC n. 18/08 e 37/14, que buscam ampliar a lista de documentos válidos para circulação de cidadãos no bloco, bem como contribuem para gradual harmonização dos documentos migratórios, nos termos determinados no Plano.

Por fim, vale destacar as disposições previstas no Plano de Ação a respeito do controle de fronteiras, que atinge diretamente a política de livre circulação na região. Nesse sentido, o Plano de Ação prevê a ampliação gradual das áreas de controle integrado



de fronteiras, bem como a revisão dos acordos de Recife. Como observado na seção anterior, o acordo de Recife previu áreas de controle integrado de fronteiras internas, buscando facilitar o fluxo migratório e aduaneiro, de modo que a gestão integrada se dá a partir do cumprimento de procedimentos administrativos e operacionais compatíveis, semelhantes e uniformes entre os órgãos de controle de fronteiras.

Seguindo a orientação do Plano de Ação, o acordo de Complementação ao Acordo de Recife em matéria migratória, Decisão CMC 18/14, objetivou, justamente, agilizar a verificação da inexistência de restrições à travessia do limite fronteiro dos Estados, conferindo um tratamento favorecido aos cidadãos mercosulinos em relação a cidadãos de países terceiros, através da interconexão dos sistemas informáticos e da infraestrutura de comunicações. Nesse sentido, destaca ALMEIDA (2017, p. 11) a importância da gestão de fronteiras para circulação de pessoas em processos de integração, pontuando que recentemente foi criado grupo de trabalho, por meio da Resolução GMC 59/15, que reconhece ser "fundamental considerar a área de fronteira como uma área específica, objeto de políticas a serem desenvolvidas nas diversas instâncias da institucionalidade do MERCOSUL".

3.2 DESAFIOS PARA A CIDADANIA MERCOSULINA EM FACE DA LIVRE CIRCULAÇÃO

Como se pôde observar, notadamente em relação à implementação da política de livre circulação de pessoas, o Plano de Ação para o Estatuto da Cidadania ensejou uma série de medidas que já vinham sendo delineadas no âmbito das normativas do MERCOSUL, como por exemplo, os acordos sobre documentos migratórios válidos para circulação e os acordos sobre controle integrado de fronteiras, mas que demandam aprofundamento e ampliação, a partir de compromissos políticos e, principalmente, jurídicos.



Nesse sentido, MOURA (2014, p. 77) destaca que o direito do MERCOSUL ainda enfrenta desafios para compor normativas capazes de reconhecer, de modo claro e preciso, um direito dos cidadãos dos Estados-Partes de circularem livremente em todo o território, enquanto um autêntico direito de cidadania. Tal fato se dá, em larga medida, devido à subsistência de alguns óbices à plena concretização da liberdade de circulação no bloco, ensejando desafios à regulamentação da matéria.

Dessa forma, para implementar o Estatuto da Cidadania, é preciso lidar com desafios institucionais do próprio bloco. Isso significa que as próximas presidências *pro tempore* do MERCOSUL devem estar comprometidas em dar prioridade ao Plano de Ação no prazo nele previsto, seguindo as estratégias propostas. Além disso, é preciso promover a coordenação e articulação entre os órgãos executivos e os subgrupos de trabalhos temáticos responsáveis pela efetivação dessas medidas, conforme aponta ALMEIDA (2017, p. 13). Paralelamente, os países precisam estar comprometidos com a incorporação, em seus ordenamentos jurídicos nacionais, das medidas adotadas em termos de circulação e cidadania, considerando o modelo intergovernamental do MERCOSUL.

Por outro lado, a implementação da cidadania regional através da circulação de pessoas traz desafios relativos à cooperação jurídica e operacional entre os Estados, a fim de promover a gestão integrada de fronteiras internas e mecanismos de gestão harmônica das fronteiras externas, o que demanda o aporte de recursos tecnológicos e financeiros, bem como treinamento de pessoal em órgãos de controle fronteiriços. Isso porque a gestão de fronteiras mostra-se como uma dimensão fundamental para criação de espaços integrados de circulação.

Ademais, a consolidação de uma cidadania regional demanda a harmonização legislativa entre os membros do MERCOSUL, sobretudo no que se refere à adaptação dos estatutos do estrangeiro ou leis nacionais de migração, para estabelecer um tratamento jurídico favorecido em relação aos cidadãos do bloco, notadamente em relação aos seus direitos de mobilidade. A título de exemplo, veja-se a legislação brasileira, que recentemente alterou seu Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80), para estabelecer a Lei de



Migração (Lei 13.445/2017), cujo art. 3º, inciso XIV, estabelece, dentre os princípios da política migratória nacional, o fortalecimento da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, mediante constituição de espaços de cidadania e de livre circulação de pessoas. Resta saber, a partir de estudos futuros, se, de fato, é estabelecido um tratamento jurídico favorecido em matéria de livre circulação, ou se a lei nacional se utiliza de um artifício retórico para atender à demanda regional.

Por fim, como desafio à livre circulação assentada na noção de cidadania, vale destacar a função seletiva que exerce uma cidadania regional. Isso porque a cidadania em blocos de integração funciona como um mecanismo que reserva um estatuto jurídico favorecido aos nacionais do bloco, que os difere dos cidadãos extra bloco, mormente em relação aos direitos de entrada, saída e permanência. Dessa forma, enquanto os direitos de circulação dos cidadãos mercosulinos são regulados em nível de acordos regionais, os direitos de mobilidade dos nacionais de países terceiros ficam a cargo da regulamentação nacional de cada Estado parte, gerando assimetrias que podem dificultar a consolidação de um espaço integrado de circulação. Por conseguinte, seria relevante levar em consideração formas de harmonizar os ordenamentos nacionais em matéria de migrações inter-regionais, como por exemplo, a partir de acordos regionais e diretivas principiológicas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção da ideia de cidadania do MERCOSUL integra um conjunto de ações que tende a priorizar a dimensão social do bloco, passando a caminhar ao lado da tradicional visão econômica que permeou o projeto integracionista na região. O principal instrumento jurídico que consolida os auspícios de uma incipiente cidadania regional no bloco consiste no Plano de Ação para conformação do Estatuto da Cidadania, que reúne e aprofunda os direitos dos cidadãos mercosulinos, trazendo como uma das principais dimensões da cidadania do MERCOSUL a implementação da política de livre circulação de pessoas.



Dessa forma, o conceito de livre circulação de pessoas emerge, a um só tempo, como requisito para conclusão de uma cidadania regional e para consolidação do mercado comum. Nesse sentido, a liberdade de circulação representa categoria chave para concretização do Plano de Ação, que molda a ideia de cidadania regional, ao passo em que a própria cidadania do MERCOSUL pode ajudar a implementar, aperfeiçoar e aprofundar a livre circulação no bloco, a partir do enfrentamento dos desafios normativos que persistem à sua plena concretização.

REFERÊNCIAS

- AGUIRRE, Orlando; MERA, Gabriela; NEJAMKIS, Lucila. Políticas migratorias e integración regional: la libre circulación y los desafíos a la ciudadanía. In: NOVICK, Susana (Dir.). *Migraciones y Mercosur: una relación inconclusa*. Buenos Aires: Catálogos: 2010, p. 50-72.
- ALMEIDA, Ana. Estatuto da cidadania do MERCOSUL e Plano Estratégico de Ação Social: conquistas e desafios pendentes. *XVI Congresso Internacional FoMerco, Integração Regional em tempos de crise*, Salvador, 2017. Disponível em: <http://www.congresso2017.fomerco.com.br/resources/anais/8/1505389981>. Acesso em 02/11/2017.
- BALASSA, Bela. À procura de uma teoria de integração econômica. In WIONCZEK, Miguel (org.). *Integração Econômica na América Latina*. Rio de Janeiro: edições de O Cruzeiro, 1966.
- BARALDI, Camila. Cidadania, migrações e integração regional. *3º Encontro Nacional da ABRI – Governança Global e Novos Atores*, n. 1 v. 1, 2011. Disponível em: <https://educarparaomundo.files.wordpress.com/2011/07/baraldi-abri-2011.pdf>. Acesso em 01/11/2017.
- BARZA, Eugênia; PEREIRA, Alexandre. Disciplinamento do comércio internacional na América Latina: um estudo sobre a integração regional de acordo com o direito internacional. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, nº 51, p. 2-18, jul. – dez., 2007. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/>. Acesso em 02/11/2017.
- CAMPOS, Eduardo. *O lugar do cidadão nos processos de integração: o déficit social da Comunidade Européia e o Mercosul*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- COSTA, Marcos Gonçalves. O reconhecimento da cidadania na comunidade internacional a partir do modelo de Estado de Direito: inclusão dos imigrantes ou deslocados por meio da solidariedade e da tolerância. *Cadernos de Direito Atual*, Nº 5, vol extraordinário, 2017, pp. 255-265. Disponível em:



<http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/152>. Acesso em 02/11/2017.

DAL PRÁ, Keli; MENDES, Jussara; MIOTO, Regina. O desafio da integração social no MERCOSUL: uma discussão sobre a cidadania e o direito à saúde. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, n. 23, 2007, pp. 164 a 173. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2007001400006. Acesso em: 01/11/2017.

DIZ, Jamile; JAEGER JR. Augusto. Por uma teoria jurídica da integração regional: a interrelação direito interno, direito internacional público e direito da integração. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, vol. 12, n. 2, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br>. Acesso em 01/11/2017.

KYOSEN, Renato. *O controle migratório realizado pelo departamento da Polícia Federal e a livre circulação de cidadão no MERCOSUL*. Dissertação Mestrado. Universidade Federal da Integração Latino-americana. 2016. Disponível em: <https://dspace.unila.edu.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/675/disserta%C3%A7%C3%A3o%20Mestrado.pdf?sequence=1>. Acesso em: 29/10/2017.

MARSHALL, Thomas Humphrey. *Citizenship and Social Class*. Londres: Pluto Press, 1992.

MERCOSUL. *Cartilha da Cidadania do MERCOSUL*. Conselho de Representantes Permanentes do MERCOSUL. 2016. Disponível em: <http://www.cartillaciudadania.mercosur.int/pt>. Acesso em: 02/11/2017.

MOURA, Aline. A criação de um espaço de livre residência no Mercosul sob a perspectiva teleológica da integração regional: aspectos normativos e sociais dos acordos de residência. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 630-648. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3580>. Acesso em 31/10/2017.

_____. *O plano de ação à criação do estatuto da cidadania do MERCOSUL*. In: ESTADO E CIDADANIA, 2014, Itajaí, pp. 74-83.

RUBELLIN, Lucila. MERCOSUR y UNASUR: Una aproximación al tratamiento de la movilidad de personas, *ABRA*, Vol 37, N° 54, jan - jun, 2017, p. 1-18. Disponível em: www.revistas.una.ac.cr/abra. Acesso em 30/10/2017.

SALZMANN, Antonio Cardesa. El contenido jurídico de la libre circulación de personas en el Mercosur: balance y perspectivas. In: GOIZUETA, Juana; GÓMEZ, Itziar; PASCUAL, María. *La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica: modelos comparados: Unión Europea, Mercosur y Comunidad Andina*. Navarra, 2012, p.163-185.

VOLPINI, Carla. *A cidadania da União Europeia: uma nacionalidade como pressuposto da dupla cidadania*. XVI CONPEDI, Manaus, 2007, p. 537-556. <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos>. Acesso em 27/10/2017.



DIREITOS HUMANOS





A AUSÊNCIA DE EFETIVIDADE DA GARANTIA DE VÍITAS ÍNTIMAS NAS UNIDADES SOCIOEDUCATIVAS DE INTERNAÇÃO BRASILEIRAS COMO POSSÍVEL FONTE DE VIOLAÇÃO AO DIREITO HUMANO DE LIBERDADE SEXUAL DOS ADOLESCENTES

.....
Reinaldo Alves Pereira¹

1 INTRODUÇÃO

Um dos grandes avanços trazidos pela Lei 12.594 de 18 de janeiro de 2012 que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e regulamentou a execução das medidas socioeducativas destinadas à adolescente em conflito com a lei foi assegurar aos referidos jovens durante o cumprimento de medida socioeducativa de internação, a garantia à visita íntima. Contudo, após mais de cinco anos de vigência da aludida norma jurídica constata-se que ela não tem sido efetivada em muitos estados brasileiros. Nessa conjuntura, diante dos argumentos ora expostos, emerge a necessidade de um estudo que responda a seguinte pergunta da pesquisa: a omissão estatal em viabilizar os mecanismos que promovam a efetivação de visitas íntimas aos adolescentes que cumprem medida socioeducativa de internação violaria o direito humano à liberdade sexual? A escolha do tema se justifica em virtude de sua relevância social, sobretudo pela necessidade de se garantir maior efetividade às medidas socioeducativas previstas na Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual preconiza que o caráter das referidas medidas não é sancionatório, e sim ressocializador. Porém, para que essa ressocialização ocorra é necessário conferir aos adolescentes institucionalizados tratamento adequado e garantia efetiva aos direitos humanos que o dignifiquem como

¹ Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Escola Superior de Advocacia Professor Ruy da Costa Antunes e Faculdade Maurício de Nassau. E-mail: reinaldoalvesjus@outlook.com



sujeitos de direitos, atentando, por óbvio, às suas situações peculiares de pessoas em desenvolvimento.

Como objetivo geral buscou-se analisar se a ausência de efetivação da garantia de visitas íntimas aos adolescentes institucionalizados estabelecimento de cumprimento de visitas íntimas viola o direito humano à liberdade sexual desses adolescentes.

Nessa conjuntura, diante dos argumentos ora expostos, emerge a necessidade de resposta ao seguinte questionamento da pesquisa: a omissão estatal em viabilizar os mecanismos que promovam a efetivação de visitas íntimas aos adolescentes que cumprem medida socioeducativa de internação violaria os direitos humanos à liberdade sexual e à convivência familiar desses jovens?

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Como é cediço, no ano de 1988 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, conhecida como “Constituição Cidadã”, ditando parâmetros normativos que visavam resguardar valores éticos e morais, dando prioridade e proteção integral a direitos humanos como vida, liberdade, dignidade, saúde, cultura, lazer e tantos outros, garantindo aos adolescentes a proteção integral e o direito à convivência familiar. Nessa sentido, estabelece o art. 227 da CF:

Art. 277. 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.

Em atenção ao chamamento constitucional fora criada no dia 13 de julho de 1990 a Lei 8.069/1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que em seu art. 1º preceitua a proteção integral à criança e ao adolescente, lhes assegurando direitos em concordância com a Constituição Federal, implantando uma política efetiva de assistência e a contribuição do seu desenvolvimento intelectual, moral e psíquico. Com

supedâneo nesses valores, e em atenção àqueles adolescentes que cumprem medidas socioeducativas, sobretudo a medida mais gravosa, qual seja, a internação, fora editada a Lei 12.594 no ano de 2012, marco legislativo de suma importância, cujos objetivos cruciais foram: a criação do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e a regulamentação a execução das medidas socioeducativas. Nessa toada, a antedita Lei assegurou em seu artigo 68, ao adolescente que cumpre medida socioeducativa internação, casado ou que viva, comprovadamente, em união estável o direito à visita íntima.

Sobre a prática delituosa juvenil, vale destacar que o art. 103 do ECA (1990, p. 03) revela que: “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”. Ao praticar atos infracionais o adolescente infrator poderá receber como resposta à sua conduta, medidas socioeducativas. Dentre estas, a mais exasperada é a de internação, visto que priva o adolescente de sua liberdade, inadmitindo a realização de atividades externas. Diante disso, mesmo privado de sua liberdade, os direitos fundamentais não podem ser negados a esses adolescentes. Dentre esses direitos, destaca-se a convivência familiar, razão pela qual os adolescentes internos têm o direito inafastável de receberem visitas de seus familiares com o fito de serem preservados tais laços. Assim, expõe Elias (1994, p. 202):

O adolescente tem direito à convivência familiar (art. 227 da CF). Assim, sendo, os programas desenvolvidos deverão se voltar para este relevante aspecto. Deve-se, portanto, possibilitar o máximo possível o contato com a família por meio das visitas.

No direito à convivência familiar inclui-se o direito à visita íntima realizada por parte do cônjuge ou companheiro do adolescente institucionalizado. Cunha, Lépure e Rossato (2016, p. 653) defendem que “a visita íntima não deve ser vista como um benefício de mero deleite ou prazer ao adolescente. Ela tem uma missão muito maior, que é permitir a manutenção dos vínculos familiares do adolescente em conflito com a lei”. Todavia, não se pode olvidar para as mudanças ocorridas nesses jovens no tocante ao despertar para questões atreladas à sexualidade, e que a permissão de tais visitas possibilitam o direito à



liberdade sexual dos socioeducandos, evitando, inclusive, abusos sexuais dentro das instituições, os quais, infelizmente, são corriqueiros. Nesse trilhar, explana Içami Tiba, 1994 p. 45:

Do ponto de vista sexual, pode-se dizer que é nesta fase que a adolescência realmente começa. Esses jovens, além de já saber que não são crianças, também experimentam as primeiras sensações de prazer sexual – e essa é a prova definitiva de que ingressaram em um mundo totalmente novo. Em suas cabeças, o despertar para o sexo, ainda que individual, pode ser mais importante do que qualquer outra mudança em sua vida, seja na escola, no temperamento ou mesmo no corpo (1994, p. 45).

Por todo exposto, tem-se que o direito ao recebimento de visitas íntimas aos adolescentes institucionalizados é medida que se impõe, devendo o estado promover os meios necessários para que tal direito seja concretizado. Segundo preleciona Norberto Bobbio (1992, p. 30): “Os direitos do homem deverão não ser apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos”.

Contudo, a concretude desse direito deve se dá de forma responsável. Necessário se faz que a visitação seja realizada em compartimento adequado para não expor o adolescente e o(a) respectivo(a) parceiro(a) a situações ultrajantes ou vexatórias. É imperioso, ainda, que ambos recebam as orientações necessárias para prevenção de doenças sexualmente transmissíveis e métodos contraceptivos. Essas ações devem ser desenvolvidas através de uma metodologia participativa, com realização de oficinas temáticas e sistematizadas, com vistas a capacitar o adolescente a tomar as decisões a respeito de sua vida sexual de forma consciente e responsável, tudo para compatibilizar o direito em comento à consecução da finalidade sociopedagógica da medida.

Na esteira de tal discussão, impende trazer à lume o que aduz Ramidoff (2012, p. 135):

A visita íntima, assim, deverá contar com ações e medidas práticas protetivas à saúde reprodutiva do adolescente que se encontre em cumprimento de medida socioeducativa, o qual também obterá condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar.

Ademais, entende-se que as visitas não podem propiciar práticas criminosas, como, por exemplo, o estupro de vulnerável. Para tanto, entendemos que seja necessário que cada Estado regulamente de forma complementar o disposto na Lei do SINASE, conforme ocorreu no Estado de São Paulo, por meio da Portaria nº 224/2012, *in verbis*:

Artigo 88. É vedada a visita íntima quando qualquer dos adolescentes na relação for menor de 14 anos, ainda que exista união estável. Artigo 89 – A visita íntima da(o) esposa(o) ou companheira(o) será realizada 2 (duas) vezes por mês, pelo período máximo de 2 (duas) horas, em dia ou horário diverso da visita habitual e da(o) namorada(o). Artigo 90 – Caberá ao Diretor do Centro de Atendimento analisar os documentos apresentados e atestar se está comprovada a união estável.

Entendemos que questões peculiares no tocante a tal autorização, notadamente quando surgir maiores questionamentos em relação à configuração da união estável, deverão ser submetidas ao crivo do Juízo da Infância e Juventude, o qual, após a ouvida do Representante do Ministério Público, deverá decidi-las.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conquanto a questão da sexualidade infanto-juvenil tenha sempre se apresentado como um tabu, o enfrentamento de tal assunto é medida que se impõe.

É necessário perceber que os adolescentes internados nas unidades socioeducativas, na qualidade de sujeitos de direitos, possuem, indubitavelmente, direito ao exercício de suas sexualidades. Contudo, necessário se faz que este seja exercido de forma responsável.

Ademais, a efetivação da garantia de visita íntima trata-se também de manifestação do direito à convivência familiar do adolescente com seu cônjuge ou companheiro, direito este que entendemos inexorável ao processo socioeducativo dos adolescentes institucionalizados, notadamente pela necessidade de manutenção dos vínculos socioafetivos com tal ente querido.

A pesquisa ora realizada, sem dúvida, precisa ser aprofundada, uma vez que imperioso se faz analisar as razões administrativas e estruturais pelas quais os Estados não



têm implementado a garantia de visitas íntimas aos adolescentes infratores que cumprem medida socioeducativa de internação nas unidades socioeducativas, buscando, após esse diagnóstico, propor estratégias e formas institucionais de compelir os aludidos estados a dar efetividade à Lei do SINASE, permitindo que os socioeducandos possam obter o direito de receber visitas íntimas, visto que tal omissão põe em xeque, frontalmente, o direito à liberdade sexual dos referidos jovens.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Lei n.º 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm.

BRASIL. Lei 12.594 de 12 de janeiro de 2012. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm

CUNHA, Rogério Sanches; LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da criança e do adolescente: comentado artigo por artigo**. 8 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 1994.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **SINASE- Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Comentários à Lei 12.594 de 18 de janeiro de 2012**. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

SÃO PAULO. Portaria nº 244/2012, extraída através do sítio www.fundacaocasa.sp.gov.br

TIBA, Içami. **Adolescência. O despertar do sexo**. 4. ed. São Paulo: Gente, 1994.

.....



A BIOÉTICA NO BIODIREITO:

UMA FORÇA RETÓRICA

.....
Juliana de Barros Ferreira¹

Victor José Guedes Vital²

Pablo Ricardo de Lima Falcão³

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a analisar o papel retórico da bioética na construção do chamado biodireito. Numa pesquisa bibliográfico-exploratória, iremos avaliar como a doutrina tradicional conceitua bioética e biodireito, bem como retrata sua relação.

Exposto o paradigma contemporâneo, nos deteremos numa análise do biodireito enquanto subsistema social, fazendo menção à teoria desenvolvida por NiklasLuhmann.

Prossegue-se a uma exposição sucinta das bases teóricas de retórica analítica que norteiam a seguinte etapa: uma breve análise retórica sobre a utilização de elementos da bioética em decisões judiciais como estratégia discursiva.

2 NOÇÕES DE BIOÉTICA

Embora já na obra de Hipócrates se encontrem alguns de seus princípios, considera-se o marco inicial da bioética, ou melhor, o marco inaugural desse termo, a obra de Van Rensselaer Potter, nominalmente o artigo intitulado "Bioethics: the Science of survival" e o livro "Bioethics: a bridge to the future" (SILVA, 2000, p. 248).

¹ Graduanda em Direito pela Universidade de Pernambuco – Campus Arcoverde.

² Graduando em Direito pela Universidade de Pernambuco – Campus Arcoverde.

³ Doutor em Teoria Geral e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor adjunto da Universidade de Pernambuco – Campus Arcoverde.



É no contexto de grandes avanços científicos – e de seus abusos – e de profunda transformação cultural que surge a bioética (FERRER, 2005, p. 64).

Aparece inicialmente enquanto subdisciplina da ética que visa conciliar a moral com a atividade biotecnológica, desenvolvendo-se de sua fase teológica para a interdisciplinar. No desenvolvimento global da bioética enquanto área de estudo independente, destaca-se a grande relevância do principlismo estadunidense, que reconhece certos princípios – e os toma por dogmas – supostamente capazes de dirimir os conflitos bioéticos (DURAND, 2007, p. 47-51).

Para GARCÍA FERNANDEZ (2010, p. 205-206) a bioética em seu estágio atual teria as seguintes características: 1. Humanidade; 2. Racionalidade; 3. Universalidade; 4. Interdisciplinaridade. Deteremo-nos na Humanidade e Interdisciplinariedade.

Ainda que inicialmente a concepção Potteriana de bioética tenha tido a pretensão de abarcar toda a forma de vida existente – daí a opção pelo prefixo *bio* – a bioética tem se desenvolvido no sentido de orientar as ações biotecnológicas para a proteção da vida humana e de sua dignidade. Em trabalho de análise textual, GARZÓN et al. (2017), verifica que a produção teórica de países como Chile, México e Peru estão voltadas, ainda que tenham perspectivas diferentes (medicina, saúde, tecnológica, ciência, ética etc.), para esse conceito restrito de vida e para a dignidade humana.

Quanto a interdisciplinaridade, esta é atributo inerente da bioética pela sua necessidade de relação com as ciências médicas, biológicas, dentre outras. Contudo, destaca-se também a influência de outras disciplinas, como a filosofia, a sociologia e o próprio Direito (DURAND, 2007, p. 48).

3 O BIODIREITO NO BRASIL

Os avanços tecnocientíficos, na relação de retroalimentação que torna indissociável a tecnologia da ciência, como aponta SILVA (2000), trazem consigo muitas soluções a problemas pretéritos, contudo cria uma nova miríade de problemas. Se o sequenciamento



do DNA, a clonagem, os úteros artificiais, o cultivo de órgãos e alimentos geneticamente modificados são de nos deixar perplexos, por serem material de ficção-científica de não muito tempo atrás, sua transição do concebível ao factual deixa ainda mais perplexo o jurista.

A isso soma-se o fenômeno paralelo do neoconstitucionalismo, no qual se emprega a atuação da constituição como filtro axiológico que faz permear no direito pátrio valores como o da dignidade humana, por sua vez reflexo das lutas globais pelos direitos humanos (BARROSO, 2017).

Se deparando com a necessidade de conciliar a dignidade humana e os avanços tecnocientíficos, muitas vezes conflitantes, surge o biodireito. O biodireito consiste no

conjunto de normas esparsas que têm por objeto regular as atividades e relações desenvolvidas pelas biociências e biotecnologias, com o fim de manter a integridade e a dignidade humana frente ao progresso, benéfico ou não, às conquistas científicas em favor da vida. (FERREIRA, 1999, p. 52)⁴

O Direito, na sua condição de sistema, tenta reduzir a complexidade do entorno, diminuindo suas possibilidades e com isso se complexa. Entendendo por entorno relevante os problemas sociais aos quais o direito se propõe a dirimir, é da própria natureza da atividade judicante o input seletivo que simplifica o problema, intencionalmente não levando em conta todas as variáveis, visto que impossível, permitindo assim o processo decisório. Mas num paradoxo tipicamente luhmanniano, o sistema complexa para descomplexar (MOURA *et al*, 2009). O direito toma tamanha grandeza que se faz necessário a criação de subsistemas, capazes de reduzir a complexidade daquele. Um desses subsistemas é o biodireito.

Contudo, existe um claro descompasso entre a velocidade do direito enquanto norma produzida pelo legislativo e os avanços tecnológicos a que pretende se debruçar.

⁴ Essa mesma fonte, todavia, parece confirmar o aparente consenso da doutrina na área, afirmando que o biodireito é impregnado pela ética.



Se torna, mais do que nunca, necessário um direito baseado em normas-princípios, que permitam uma flexibilidade tal a garantir o respeito ao *non liquet*. Ao que percebe Alexy (apud MARTINS-COSTA, 2000), tais princípios se manifestam tanto em seu aspecto axiológico quanto deontológico.

Em 1515, Leonardo da Vinci apresenta perante o rei da França um leão mecânico, para representar a aliança dos Médici à nova liderança. Aquele grande feito tecnológico caminhava em direção ao trono e abria sua bocarra. Eis o que foi, por muito tempo, a figura do juiz: um autômato da norma, abrindo, pré-programadamente sua boca. E é justamente isso o que faz particularmente curiosa essa transição entre o magistrado *bouche de lalo* àquele de hoje. O hermeneuta que, fazendo jus à origem etimológica de sua condição, se faz deus.

Dentro da noção do *Rechtsfindung* como sendo a “criação do direito” (PARINI, 2017), é justamente esse o milagre cotidiano do juiz: criar, como um deus, o direito. Isso se nota pela própria estruturação triangular do processo, no qual existem as partes numa relação horizontal e acima delas o juiz. Este enfrenta um constante paradoxo: “O fato de ser o juiz um homem, e do dever ser mais que um homem, constitui seu drama.” (CARNELUTTI, 2013, p. 18)

O próprio KELSEN (2000) já preconizava que o juiz cria o direito, mas não ele sozinho. Defende que o juiz cria uma norma inferior viva, aplicável ao caso concreto e que deveria ter uma correspondência à norma superior morta, posta. A questão é: quem é apto a avaliar essa correspondência? Não são as partes, mas o tribunal. E quem avalia essa no julgamento do tribunal? Um tribunal a ele superior. Mas existe um limite e no caso brasileiro esse limite é o STF, que fará da sua interpretação a final. Citando a música de Cole Porter: “AnythingGoes”. E num cenário em que absolutamente tudo pode acontecer não é de se admirar os achados de FALCÃO (2009), do não emprego da principiologia da bioética nas decisões da nossa suprema corte.



4 A INTERAÇÃO ENTRE BIOÉTICA E BIODIREITO

Partimos agora para a parte retórica de nosso estudo, principiando por uma rápida exposição de algumas teorias da decisão jurídica.

O senso comum jurídico, e até mesmo social, tem a noção de que a decisão judicial é feita por um processo de silogismo. Essa estrutura lógica, descrita inicialmente por Aristóteles, é composta de: 1.premissa maior: que na metáfora jurídica seria o texto da norma, abrangente e abstrato; 2.premissa menor: o caso concreto, a lide apresentada ao julgador; 3. Conclusão: a norma aplicada ao caso concreto, ou seja, a decisão/solução da lide.

Por meio dessa estrutura, facilmente ficam comprovados os ideais de imparcialidade do juiz e de absoluto *ruleoflaw*, afinal, por meio dessa subsunção perfeita, cabe ao magistrado apenas identificar a norma a ser aplicada ao caso que lhe é apresentado e especificá-la para que incida na referida situação jurídica.

No entanto, esse mito do juiz enquanto mera “boca da lei” vem sendo cada vez mais desacreditado, pelo menos nos círculos mais críticos. No círculo retórico, talvez o mais ácido, na medida em que é pirrônico e a tudo questiona e nada dogmatiza, destaca-se a teoria da alemã Katharina Sobota (conhecida hoje na Alemanha por seu título de nobreza como Katharina Gräfin von Schlieffen), que defende que o silogismo, está longe de ser o meio pelo qual a decisão jurídica é tomada, pois “do ponto de vista retórico, o silogismo não é um método de decisão, mas sim um estilo de apresentação da decisão legal. O silogismo é uma forma retórica e não uma ordem substantiva ou objetiva” (1996, p. 254).

Para quê então conferem os juristas a aparência de silogismos para suas decisões? E se não os silogismos, qual o meio do qual se vale o aplicador do Direito para a tomada de sua decisão?

Para Sobota, “o discurso legal depende de uma técnica que torna possível criar a ilusão de certeza em uma esfera de incerteza”(1996, p. 262). O silogismo se apresenta



então como ferramenta eficaz em convencer a sociedade da certeza e imparcialidade da decisão, conferindo a sensação de segurança jurídica àqueles que recorrem ao judiciário para dirimir seus conflitos.

Ainda assim, embora pretensamente silogística, a apresentação das decisões judiciais não obedece com rigor aos critérios do silogismo, omitindo aspectos necessários à estrutura. Verifica-se então na apresentação das decisões legais outra forma de argumento, este também aristotélico, denominado entimema.

Preleciona ADEDODATO (2009a, p. 333):

Os entimemas são silogismos retóricos por serem formal ou logicamente imperfeitos, suas conclusões não decorrem necessariamente de suas premissas, ao contrário dos silogismos apodíticos; mas são pragmaticamente úteis se o objetivo é persuadir sem as exigências de rígida coerência lógica, quando esta não é possível ou mesmo estrategicamente desejável.

Ainda para Sobota, a argumentação estritamente silogística no Direito é impossível devido à enorme variedade de elementos – nem todos eles jurídicos, vale salientar – que informam uma decisão jurídica e servem de premissas. Daí a exortação da autora para que os juristas não mencionem a norma (!) nas justificativas de sua decisão.

Se, no entanto, a decisão judicial apresenta outras premissas que não a norma ou o caso concreto e utiliza da aparência de silogismo, através do entimema, para esconder esses aspectos e ganhar legitimidade, como acontece então o processo decisório? E mais, como há espaço para a interferência desses elementos não-jurídicos nas decisões quando há normas postas e estas parecem ser aplicadas à decisão?

Para João Maurício Adeodato (2009a, p. 348), os textos das normas seriam formados por *topoi*, isto é, lugares-comuns argumentativos de grande apelo social:

São justamente esses *topoi* vagos e indefinidos, presentes nas leis e na concepção de 'norma' estatais, que possibilitam o controle social pelo Estado e sua dogmática jurídica em uma sociedade altamente complexa. [...] É assim que os subsistemas econômico, ideológico, sexual, ou de relações de amizade interferem no subsistema jurídico.



Dessa maneira, a decisão judicial seria tomada pessoalmente pelo julgador e só posteriormente legitimada através do preenchimento desses *topoié* da sua apresentação entimemática.

Levando-se em conta que se pretende empreender neste trabalho uma análise retórica, e que também são retóricas as teorias da decisão aqui expostas, cumpre-se salientar as três diferentes dimensões da retórica, ressaltando-se sua filiação à terceira dimensão, qual seja, a retórica analítica.

A retórica material é o conjunto de métodos pelos quais a comunicação humana acontece. Já a retórica prática é mais reflexiva do que a material, pois é, de certa forma, uma doutrina ou ciência da mesma, com o objetivo de observar e analisar os métodos para desenvolvê-los e assim obter sucesso. Assim, a retórica prática constitui-se uma metodologia, uma teoria dos métodos. A retórica Analítica constitui a análise das relações entre os métodos e as metodologias, as outras duas partes da retórica. Sua abordagem apoia-se na descrição imparcial, diferenciando-se das retóricas material e prática – que trazem classificações valorativas e escolhas axiológicas – e identificando-se assim como metódica. O objetivo da metódica analítica ao estudar as influências das metodologias nos métodos é contribuir para o sucesso da comunicação e propiciar um maior conhecimento das relações humanas (ADEODATO, 2009b, p. 32-39).

Tudo o que foi exposto aqui encontra relevância prática em nosso estudo quando concebemos a relação entre bioética e Direito, ou, mais especificamente, entre bioética e biodireito. Ora, sabe-se que os elementos da bioética são externos e estranhos ao subsistema social do Direito, constituindo seu *input* nesse meio uma modificação alopoiética. Apoiados nas teorias decisórias aqui apresentadas, chegamos mais próximo à uma resposta sobre o papel exercido pela bioética no biodireito.

É relevante destacar, pela condição aberto-fechada do biodireito enquanto subsistema, o *input* desempenhado é seletivo. Assim, são importados aspectos pontuais da bioética, apenas aqueles aptos e necessários à manutenção da existência do biodireito.



FALCÃO (2009) ao fazer um estudo das fontes bibliográficas que correlacionam o biodireito e a bioética, mais especificamente creditando à esta última a gênese daquele, verifica que a quase totalidade da doutrina adota esta posição, o que é corroborado por nosso próprio estudo. Discorda, entretanto, ao afirmar que o biodireito, ao contrário do que apregoa a produção bibliográfica exposta, não tem origem na relação bioética/direito, ou na aplicação de princípios daquela neste. Para o autor, o biodireito tem origem forense na medida em que é um construto discursivo da prática diária dos tribunais.

Por que, então, a identificação do biodireito com a bioética? Porque a importação de elementos de fora do sistema para a legitimação de uma decisão que, em última instância, é pessoal e pode ser fundamentada com um *topos* normativo?

Advogamos aqui pela força persuasiva da argumentação bioética. Os dilemas sociais envolvendo questões de biotecnologia são cada vez mais crescentes, atingindo o judiciário quando o consenso *inter partes* não é atingido. Nessa sociedade cada vez mais complexa, o subsistema jurídico não é capaz de absorver e simplificar toda demanda a ele posta, traduzindo-a em seus termos para o fornecimento de um *feedback* satisfatório na forma de decisão.

Além dessa problemática atinente a noção de sistemas, vivemos numa sociedade que transita entre o cientificismo cartesiano e absoluto da modernidade e a pluralidade volúvel da pós-modernidade, onde argumentos científicos ainda retêm muito de sua força persuasiva e a interdisciplinaridade é cada vez mais louvada e colocada em contraposição com as certezas estanques da era que já passou.

O apelo a outros sistemas quando o Direito parece carecer de regramento para certas situações ou até mesmo a incorporação desses elementos externos enquanto símbolos de flexibilidade são argumentos dotados de grande apelo social. A bioética, por conjugar em si a cientificidade, o valor máximo da dignidade humana e o dogmatismo principiológico travestido de flexibilidade abrangente, é ferramenta discursiva bastante persuasiva.



A título de comprovação da nossa tese, expomos a obra de VILARDO (2014). Analisando o papel da bioética enquanto legitimadora de decisões judiciais, a autora decide classifica-las em conservadoras ou progressistas. O critério para tanto é o grau de utilização dos princípios bioéticos. Novamente salienta-se o papel puramente analítico da retórica enquanto metódica, não se fazendo nessa análise juízo de valor sobre as posições defendidas pela autora.

Destacamos a valoração positiva atribuída pela autora às decisões e aos julgadores que utilizam os princípios da bioética como legitimadores, nominando-os de “progressistas”.

Note-se que a utilização do termo, relacionado com o conceito de “progresso”, remete a mudanças ou transformações orientadas a um fim objetivamente melhor do que a situação atual. Mais do que um fim positivo, a noção de progresso traz em seu bojo um caminho metafórico, usualmente temporal, que é percorrido na direção deste fim, porém já introduz gradualmente a medida em que é percorrido, melhora na situação.

Esta posição é claramente expressa quando a autora diz (p. 210):

Ao reconhecer e conceder direitos não previstos em lei específica ou sem atualização de seu conteúdo, o Judiciário exerce sua função constitucional de forma relevante e, permite que, por instrumento legítimo, ocorram mudanças sociais e, a reiteração destas decisões, respalde a criação de normas menos preconceituosas e despidas de influências puramente políticas, religiosas e moralistas colaborando no desenvolvimento moral do Estado democrático de Direito.

Embora apenas o trecho citado já dê “muito pano pra manga”, como diz o popular, focaremos em dois aspectos. O primeiro, já mencionado, é a confirmação da posição da autora de que o progressismo judicial em matérias de biodireito é algo desejável e positivo, devendo ser encorajado.

O segundo aspecto é a associação feita entre o conservadorismo e atributos negativos e retrógrados. Por mais que essa pareça uma consequência natural do primeiro aspecto, distingue-se na medida em que a autora faz referência à “criação de normas menos preconceituosas e despidas de influências puramente políticas, religiosas e



moralistas". Com essa afirmação, a autora alega que: 1.as normas postas são preconceituosas, cheias de influências políticas etc. e que 2.na falta de normas que reguladoras, as decisões taxadas de "conservadoras" absorvem essas características.

Para além da conotação negativa a elas atribuída, a autora acusa as decisões conservadoras de basearem-se em "influências políticas, religiosas e moralistas", especificamente nas ideologias conservadoras dentro dessas influências. Vê-se então que, apesar de os julgadores decidirem com base em suas convicções ou aspirações pessoais, aqueles que são orientados para o progressismo são vistos positivamente, ao passo que o contrário ocorre com os conservadores.

Mais explicitamente, a autora defenderá que a utilização dos princípios bioéticos nas decisões judiciais relativas ao biodireito é uma forma de alopoiese mais válida do que a incorporação de elementos de outros subsistemas como o religioso ou o político. Identificando o avanço da influência da bioética no biodireito com o Estado democrático de Direito, termo de acepção bastante positiva e grande força discursiva em nossos dias, a autora corrobora assim com nossa tese de que a bioética informa o biodireito como argumento bastante persuasivo, provando assim, sua força retórica.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica – 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2009a.

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009b.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito** (*O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*). Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm/>. Acesso em: 12 de maio de 2017.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2013.

DURAND, Guy. **Introdução geral à bioética**: história, conceitos e instrumentos. Trad. Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Centro Universitário São Camilo Loyola, 2007.



FALCÃO, Pablo R. de L. **A construção forense do biodireito**: descrição retórico-analítica do processo de justificação pelo STF na ADIN 3.510-0. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco, PPGD. Recife, 2009. P. 35-43.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Bioética e o biodireito. **Scientia Iuris**, vol. 2/3, 1998/1999, p. 41-63.

FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética**. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 2005.

GARCÍA FERNANDEZ, Dora. Una aproximación al Bioderecho. **Anuario de Derechos Humanos**. Nueva Época. Vol. 11. 2010, p. 203-224.

*GARZÓN, Denise Liliana Pazmiño; TENELANDA, Marco Vinicio Salazar; ALVAREZ, Oscar Danilo Gavilánez. Bioética ensalud. Análisis textual de artículos científicos de investigadores de Chile, México y Perú. **Revista Caribeña de Ciencias Sociales**, abr. de 2017. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/caribe/2017/04/analisis-articulos-bioetica.html>>. Acesso em: 08 de maio de 2017.*

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. A universidade e a Construção do Biodireito. **Revista Bioética**, vol. 8, n. 2, 2000, p. 229-247.

MOURA, Bruno de Oliveira; MACHADO, Fábio Guedes de Paula; CAETANO, Matheus Almeida. O Direito sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Revista Sociologia Jurídica**, n.9, Julho/Dezembro, 2009.

PARINI, Pedro. **O Raciocínio Dedutivo Como Possível Estrutura Lógica Da Argumentação Judicial**: Silogismo Versus Entimema A Partir Da Contraposição Entre As Teorias De Neil MacCormick e Katharina Sobota. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/266454499_O_RACIOCINIO_DEDUTIVO_COMO_POSSIVEL_ESTRUTURA_LOGICA_DA>. Acesso em: 12 de maio de 2017.

SILVA, Reinaldo Pereira e. Reflexões ecológico-jurídicas sobre o biodireito. **Revista Bioética**, vol. 8, n. 2, 2000, p. 247-266.

SOBOTA, Katharina. Don't mention the norm!. **International Journal for the Semiotics of Law**, IV/10, 1991, p. 45-60. Tradução de João Maurício Adeodato, publicada no Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, nº7. Recife: ed. UFPE, 1996, p. 251-273.

VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. **Decisões judiciais no campo da biotecnociência**: a bioética como fonte de legitimação. 216 fls. Tese (doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de Medicina social. Rio de Janeiro, 2014.





AS MARCAS DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO RECIFE:

DOS EIXOS CONTEMPLADOS AOS IGNORADOS



Manoel Severino Moraes Almeida¹
Luis Emmanuel Barbosa da Cunha²

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de uma ação cartográfica pontual a partir de fontes secundárias disponíveis na internet sedimentada no direito à memória e à verdade assim como a luta por justiça. As informações sistematizadas compõem a necessidade de ampliar a pesquisa exploratória e jurídica sobre a Justiça de Transição em Pernambuco.

A multidimensionalidade das graves violações de direitos humanos praticadas pela ditadura militar no Brasil ainda são perceptíveis na ausência de referências de memória dos espaços que foram utilizados para serem palcos do arbítrio. A mutilação da memória e a fragmentação das informações primárias é resultado de uma engrenagem perversa que eliminou, no mínimo, 51 mortos e desaparecidos, conforme investigação da Comissão Estadual da Memória e Verdade Dom Helder Câmara (CEMVDHC).

No relatório final, a CEMVDHC apresentou uma série de evidências que demonstram a necessidade de aprofundamentos teóricos sobre o que Hannah Arendt denominou a banalização do mal. Além disso, é necessário construir e aprofundar o paradigma de reconciliação. Reconciliar esquecendo? Reconciliar refletindo? Ou reconciliar com Justiça? Para o Supremo Tribunal Federal (STF), na Arguição de Descumprimento de

¹ Comissionado da Comissão Estadual da Memória e Verdade Dom Hélder Câmara, Membro da Comissão de Anistia até 2016. Bacharel em Direito, Mestre em Ciência Política e professor da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP).

² Doutorando em direito pelo PPGD/UFPE. Pesquisador do Moinho Jurídico. Professor e Coordenador do Núcleo de Estudos e Atuação em Relações Internacionais (NEARI) da Faculdade Damas.)



Preceito Fundamental ADPF nº153, reconciliar é, em termos populares, “colocar uma pedra sobre o fato”.

Tem-se como ponto de partida normativo o Artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988³ e o Plano Nacional de Direitos Humanos III⁴ (PNDH III – Decreto 7.037/2009, atualizado pelo Decreto 7.177/2010). Entre a norma jurídica mais ampla e a norma jurídica mais exequível, há um lapso temporal de mais de vinte anos. Isso mostra, em parte, que o processo de transição do autoritarismo para a democracia ainda não se completou no Brasil.

O Artigo 8º da ADCT estabeleceu as bases para o processo jus transicional brasileiro à luz da reparação econômica. Criaram-se, na Constituição de 1988, as bases para a consolidação de um regime do anistiado político, tratou-se do reconhecimento das práticas de graves violações à luz do direito internacional dos direitos humanos.

A consolidação desse processo legal de estruturação de uma política nacional de memória coordenado por um órgão federal só terá efetividade com a sanção da Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002. Neste repositório legal, foi possível assegurar o direito fundamental à memória e à verdade dos requerentes residentes no Brasil ou fora do país. É o grande marco da luta por direitos humanos na medida em que consolida uma agenda de Estado, baseado em princípios e tratados internacionais de direitos humanos.

Este artigo é resultado do trabalho de mais de cem horas em pesquisa digital e em pesquisa de campo sobre a justiça de transição na cidade do Recife. Tomou-se por ponto

³ Artigo 8º, *caput* juntamente com parágrafos 1º a 5º, estabelece a concessão da anistia às pessoas atingidas por atos de exceção em virtude de sua atuação política. Ainda esbelece indenização aos servidores públicos e empregados privados, que, por motivação política, foram perseguidos. As pessoas cuja atividade profissional específica fora prejudicada em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 têm garantida sua indenização. Amparo aos vereadores perseguidos para registro do tempo de mandato eletivo gratuito para fins de aposentadoria.

⁴Eixo Orientador VI: direito à memória e à Verdade. Diretriz 23: Reconhecimento da memória e da verdade como Direito Humano da cidadania e dever do Estado. Diretriz 24: Preservação da memória histórica e a construção pública da verdade. Diretriz 25: Modernização da legislação relacionada com a promoção do direito à memória e à verdade, fortalecendo a democracia



de partida conceitual a Resolução S/2004/616⁵ do Conselho de Segurança das Nações Unidas sobre Estado de Direito e justiça de transição em sociedades pós-conflito e a construção doutrinária internacional sobre justiça transicional, a partir do Centro Internacional pela Justiça de Transição (ICTJ)⁶.

Doutrinariamente, não há um modelo uniforme, fechado, acabado e considerado completo sobre como se concretizar a justiça de transição. Cada país e cada evento concreto, a seu tempo, demandaram atuações particularizadas que confirmam tal afirmação. No entanto, algo de comum existe evidentemente: as quatro obrigações básicas do Estado nesse período de transição do arbítrio à redemocratização. Primeira: adoção de medidas para prevenir as violações aos direitos humanos; segundo: investigação e elucidação dos atos graves de violação praticados; terceiro: responsabilização dos agentes dessas violações; e quarto: reparação às vítimas. Basicamente, tem-se o seguinte: investigar, processar e julgar os agentes das violações de direitos humanos, punir os eventuais culpados, reparar amplamente as vítimas, resgatar a realidade dos fatos, reformar as instituições de Estado de forma a prevenir novos tempos de arbitrariedades.

Em vista desse paradigma, lançou-se a seguinte indagação: em que medida esse fenômeno (da justiça de transição) se torna concreto e acessível, em sentido amplo, na cidade do Recife? Para a resposta, foi feito um levantamento sobre as experiências realizadas, documentadas e disponibilizadas através da internet, além das experiências espalhadas em vários pontos da cidade. Essas experiências dizem respeito a pessoas e fatos ocorridos durante a ditadura militar de 1964-1985, de efeitos diretos ou indiretos,

⁵ 8. *The notion of transitional justice, discussed in the present report comprises the full range of processes and mechanisms associated with a society's attempts to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation. These may include both judicial and non-judicial mechanisms, with differing levels of international involvement (or none at all) and individual prosecutions, reparations, truth-seeking, institutional reform, vetting and dismissals, or a combination thereof.*

⁶ A justiça de transição consiste em um conjunto esforços dedicados a promover a paz sustentável após um período de fortes turbulências em uma sociedade, seja por conflito interno ou por episódios de grave violência ou violação sistemática dos direitos humanos (ZYL, 2011, p.47)



colocando o contexto local do Recife em um contexto nacional e regional de repressões arbitrárias.

A partir do levantamento, dez categorias de experiências foram identificadas: 1. espaços de/para memória; 2. coletivos sobre memória, verdade e justiça; 3. livros; 4. documentários e reportagens; 5. áudios; 6. filmes em longa metragem; 7. canais; 8. projetos; 9. justiça (jurisdição nacional e internacional); e 10. mudança institucional.

2 DOS DADOS IDENTIFICADOS EM COLETA

A se considerar o conteúdo da Resolução S/2004/616 do Conselho de Segurança e a doutrina presente no Manual do ICTJ, é perceptível que a justiça de transição reflete uma dinâmica relação entre um conceito de justiça perseguido e a conjuntura política mais ou menos restritiva, mas sempre com o objetivo de restabelecer e conservar a **paz** (TEITTEL, 2011, p.136). Esse (des)equilíbrio de forças pauta a definição de quais mecanismos, jurídicos e extrajurídicos, serão usados no trato às violações de direitos humanos praticadas no passado para fins de promover a **reconciliação** (NAÇÕES UNIDAS, 2004).

Há,então, dois macros objetivos a serem almejados: a paz e a reconciliação.

Com isso em mente, iniciou-se a coleta. A partir do levantamento, dez categorias de experiências foram identificadas: 1. espaços de/para memória; 2. coletivos sobre memória, verdade e justiça; 3. livros; 4. documentários e reportagens; 5. áudios; 6. filmes em longa metragem; 7. canais; 8. projetos; 9. justiça (jurisdição nacional e internacional); e 10. mudança institucional⁷.

Sobre o item 1: dos espaços de/para memória. Nesse item, existem os espaços identificados e os não-identificados. Dentre os espaços identificados:Complexo da Rua da

⁷ Projeto Marcas da Justiça de Transição no Recife. Resultados disponíveis em: <https://cliniCADIREITOShumanos.wordpress.com/justica-de-transicao/>.



Aurora, Viadutos: da avenida Governador Agamenon Magalhães, da Caxangá, da Reitoria da Universidade Federal de Pernambuco e Tancredo Neves. Ponte da Torre, Praça do Parnamirim, DOPS Recife, Casa de Detenção, “Casa de Passagem”, Vila Buriti, Igreja das Fronteiras e o Acervo do Arquivo Público Jordão Emerenciano. Dos espaços sem identificação: DOI-CODI Recife, Colônia Penal Feminina do Bom Pastor, Penitenciária Professor Barreto Campelo, Cemitério da Várzea e Auditoria Militar (7ª Circunscrição).

Sobre o item 2: coletivos sobre memória, verdade e Justiça: colegiados de pessoas, organizados temporária ou permanentemente, de natureza pública ou privada, de constituição jurídica ou meramente política, destinados a cobrar ações das autoridades públicas sobre memória, verdade e justiça ou prestar serviço público dessa relevância. Dentre os coletivos destinados a cobrar ações das autoridades públicas sobre memória, verdade e justiça: Grupo de Trabalho Justiça de Transição do Ministério Público Federal, Comissão Justiça e Paz, Arquidiocese Olinda e Recife (Sociedade Civil), Comitê Brasileiro pela Anistia(Sociedade Civil), IDEJUST(Sociedade Civil), Comitê Memória, Verdade e Justiça de Pernambuco(Sociedade Civil), Movimento Tortura Nunca Mais (Sociedade Civil), Centro Cultural Manoel Lisboa(Sociedade Civil), Associação Pernambucana de Anistiados Políticos – APAP – (Sociedade Civil), Associação de Anistiados e Anistiandos de Pernambuco – ADNAPÉ - (Sociedade Civil). Dentre os coletivos destinados a prestar serviço público dessa relevância: Comissão Nacional da Verdade (Secretaria de Direitos Humanos) Comissão Estadual Memória e Verdade Dom Hélder Câmara (Governo de Pernambuco), Comissão da Anistia (Ministério da Justiça), Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (Ministério da Justiça), Comissão Especial para Indenização (Governo de Pernambuco).

Sobre o item 3: dos livros biográficos e investigativos: Brasil Nunca Mais, Arquidiocese de São Paulo, Cárceres da Memória, Chico de Assis , Chico de Assis, Cristina Tavares e Outros, Boicote diplomático ao Dom, CEMVDHC Documento Final da Comissão Nacional da Verdade, V.I, V.II e V.III, Documento Final da CEMVDHC, V.I e V.II, A Chacina da Chácara São Bento, Luiz Felipe Campos, Recife Lugar de Memória, Plínio Santos-Filho e Outros, Protagonistas do Araguaia, Patrícia Mechi, Dossiê Itamaracá, Joana Cortês, Sala



Escura da Tortura, Julio Le Parc e Outros, O Brasil pede Perdão, Maria José Coelho e Vera Rotta, Coleção Anistia e Justiça de Transição – Ministério da Justiça, Dossiê dos Mortos e Desaparecidos Políticos a partir de 1964, Tortura Nunca mais RJ e PE, Manual da Justiça de Transição para a América Latina – ICTJ e PNUD.

Sobre o item 4: dos documentários e reportagens por veículos de comunicação comerciais e não-comerciais: O Morro de Sevi, *Brazil: the troubled land* (sobre as ligas camponesas), Cabra Marcado para Morrer, Engenho Galileia, Galeria F, Em busca da Verdade – episódio 1, Em busca da Verdade – episódio 2, Marcas da Memória, A Mesa Vermelha, Atentado no Aeroporto dos Guararapes, Anistia 30 anos, Olhares Anistia, Vou Contar para meus Filhos, Aurora 1964, Lua Nova do Penar, AI5 o dia que não existiu, Dossiê Jango, Os Advogados contra a Ditadura: por uma questão de justiça, Universitárias(os) e o Decreto 477.

Sobre o item 5: dos áudios de época: Governador Miguel Arraes em pronunciamento sobre o golpe em curso (1964), A madrugada que a nação ficou acéfala e as coletâneas: da Empresa Brasil de Comunicação, do Instituto João Goulart e do projeto Documentos Revelados.

Sobre o item 6: filmes de longa metragem e peças teatrais que apresentam as várias circunstâncias em torno da resistência (as células formadas, as estratégias de ação política e militar e a expressão artística como forma de atuação política) e da repressão (tortura, sequestros, execuções sumárias e desaparecimentos): *Pra Frente Brasil, O que é isso, Companheiro?, Lamarca, Cabra-Cega, Batismo de Sangue, O ano em que meus pais saíram de férias e Tatuagem*. Peças teatrais: Vestígios e Retratos de uma Lembrança Interrompida.

Sobre o item 7: canais de vídeos: Videoteca Anistia, Mostra Virtual de Vídeos Brasil Nunca Mais e Ditaduras latinoamericanas.

Sobre o item 8: projetos especiais: Cartografia da Ditadura, Memórias da Ditadura, Armazém Memória, Memorial das Ligas Camponesas, Brown University, Brasil.doc(Universidade Federal de Minas Gerais), Memorial da Anistia, Projeto Marcas da



Memória, Projeto Clínicas do Testemunho, Projeto Adote uma Memória, Povos Indígenas – Relatório Figueiredo, Resistência em Arquivo.

Sobre o item 9: da Justiça: iniciativas judiciais de efeitos difusos e individuais emblemáticos com o objetivo de obter do Poder Judiciário nacional brasileiro e do Poder Judiciário internacional medidas punitivas e de reparação às vítimas das graves violações de direitos humanos ocorridas entre 1964 e 1985. ADPF 153 – Supremo Tribunal Federal, Lista de ações penais – Ministério Público Federal, Caso Gomes Lund – Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Vladimir Herzog – Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Vladimir Herzog – Relatório de Mérito – Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Jurisprudência em Anistia e Direitos à Verdade – Corte Interamericana de Direitos Humanos, Relatoria das Nações Unidas sobre Promoção da Verdade, Justiça, Reparação e não Repetição

Sobre o item 10: da reforma institucional. Quais reformas institucionais foram previstas e implementadas com o objetivo de não-repetição do arbítrio passado? Para o Poder Executivo, Poder Legislativo, Poder Judiciário, Forças Armadas, Polícia e Sistema Penitenciário, os conceitos de Democracia material⁸ e controle social⁹ passam ao largo dessas instituições.

3 DOS EIXOS CONTEMPLADOS

De volta à memória, à verdade, à reparação e à justiça.

O direito à verdade abrange a possibilidade de esclarecer o passado às vítimas e a toda sociedade no sentido de possibilitar a construção da história e permite o

⁸A Democracia substancial vai além dos procedimentos (cujo conjunto caracteriza a democracia formal) para focar sua atenção na realização ampla da pessoa humana, seus direitos fundamentais e sua Dignidade. Para isso, dá limites e controla o poder político a partir desse foco (DALLA-ROSA, 2007, p.217)

⁹O controle social está no sentido da fiscalização da sociedade sobre o Estado e não o contrário. A perspectiva deste trabalho é a consideração do trabalho da sociedade civil para influenciar a gestão pública, orçamento e as ações de Estado a partir de seus interesses.



reconhecimento das injustiças que foram cometidas por parte do Estado e seus agentes. Segundo Borges: *“O estabelecimento de uma verdade oficial sobre um passado autoritário pode ajudar a gerações futuras a reconhecer e resistir a um retorno às práticas abusivas”*(BORGES, 2012, p.158).

A função da memória equivale à busca pela reconciliação e restauração como no exemplo da África do Sul. No entendimento de Bastos: *“A memória equivale, então a exigência da justiça, já que o esquecimento seria a sanção da injustiça”*(BASTOS, 2009, p.87).

Sobre a memória e a verdade, são eixos contemplados em parte. A existência de espaços de/para memória é primariamente simbólico e, a longo prazo, é uma ferramenta educacional sobre a história, seus personagens, tempo e espaço, tudo integrado. Por isso, sem a consolidação dessa perspectiva instrumental, o espaço de memória se transforma em um mero ente arquitetônico e ou mera obra de arte sem a sua motivação primária. Não basta identificar o espaço de memória, ele deve ser vivenciado.

Alguns espaços de memória não foram identificados formalmente, mas aparecem em vários elementos de verdade. O DOI-CODI Recife, quartel do 4º Exército, não tem placa indicativa, mas foi identificado como espaço de tortura pelos presos políticos, em vários relatos, graças ao dobrar do sino da torre do carrilhão da Faculdade de Direito do Recife, cujo prédio fica em frente ao quartel. A Colônia Penal Feminina do Bom Pastor, onde ficaram presas políticas, teve sua participação registrada como espaço de memória no documentário *Vou Contar para Meus Filhos*. Já a Penitenciária Professor Barreto Campo, onde ficaram presos políticos, aparece no livro Dossiê Itamaracá.

A resistência política da periferia parece na reportagem *O Morro de Sevi*. A resistência do campo aparece na reportagem *Engenho Galileia* e no longa *Cabra Marcado para Morrer*. A resistência política e cultural indígena, sua luta pela terra, é contada a partir do Relatório Figueiredo.

Livros, documentários, reportagens, filmes, relatórios, principalmente, os trabalhados a partir da década de 1990 reescrevem uma outra versão para além da versão



da ditadura militar escrita sobremaneira nos inquéritos policiais militares (IPM) e nos processos penais militares. Ainda assim, o livro *Brasil Nunca Mais* expõe o lado cruel dos IPM, sobre a prática usual de tortura para obtenção de informações e degradação das pessoas presas.

Merece destaque o trabalho da Comissão Nacional da Verdade (CNV) e da Comissão Estadual Memória e Verdade Dom Hélder Câmara (CEMVDHC). Essas duas comissões reescreveram versões falsas da história e criaram a oportunidade para que novas pesquisas e investigações sejam promovidas e realizadas após a conclusão de seus trabalhos.

Sobre dois exemplos do trabalho da CNV, a Justiça de São Paulo determinou a mudança dos atestados de óbito do jornalista Vladimir Herzog e do estudante Alexandre Vannucchi Leme, após solicitação da CNV. Ambos foram mortos pelo regime autoritário, vítimas da tortura praticada pelos agentes da repressão e comprovadamente nas dependências do Estado. A prática da ditadura no Brasil era usar versões falsas para atestar as mortes de prisioneiros políticos torturados, e no caso dos dois, a versão oficial era de que haviam se suicidado, Herzog teria se enforcado na prisão e Vanucchi atropelado por um caminhão.

No caso de Herzog, a certidão de óbito foi modificada, no item: "a causa mortis" de "asfixia mecânica" para morte em decorrência "de lesões e maus-tratos sofridos em dependência do II Exército – SP (Doi-Codi)". Trata-se do assassinado em 1975, do ex diretor da TV Cultura, morto aos 38 anos.

Alexandre Vannucchi militava na Ação Libertadora Nacional (ALN), liderança reconhecida do curso de geologia da Universidade de São Paulo (USP) uma vez sequestrado, foi morto em março de 1973, aos 22 anos. Divulgou-se, na época, que ele teria se jogado contra um caminhão, tendo constado no atestado de óbito morte por "lesão traumática crânio-encefálica". Diante das provas colhidas pela Comissão Nacional da Verdade, provou-se que a morte ocorreu por "lesões decorrentes de tortura e maus-tratos".



Sobre dois exemplos do trabalho da CEMVDHC, destacou-se decisão judicial prolatada pela juíza de Direito Patrícia Rodrigues Ramos Galvão¹⁰, na referida sentença, foi determinada a retificação do registro civil de óbito do geólogo Ezequias Bezerra da Rocha (PERNAMBUCO, 2017, p.193), morto aos 28 anos de idade, em 12 de março de 1972. Era militante do movimento estudantil universitário tendo sido sequestrado junto com sua companheira Guilhermina, pelos órgãos de repressão em decorrência de uma série de operações para prender militantes do PCBR, desaparecido político.

A decisão foi tomada pela apresentação de documento até então inédito, trata-se do laudo tanatoscópico realizado no corpo do geólogo Ezequias Bezerra da Rocha, o referido documento e a cópia do ofício de remoção do cadáver de Ezequias Bezerra da Rocha ambos do acervo do Instituto de Medicina Legal (IML-PE).

Registrou-se como causa da "morte choque decorrente de traumatismo cranioencefálico e do tronco e ferimento penetrante de abdômen, respectivamente, por instrumento contundente e pérfuro-cortante".

O caso Anatólia Melo Alves (PERNAMBUCO, 2017, p.211) assassinada no dia 22 de janeiro de 1973, aos 28 anos de idade nas dependências do Departamento de Ordem e Política Social do Estado de Pernambuco (DOPS), localizado na Secretaria de Segurança Pública no centro da cidade do Recife. A versão oficial apresentada pelos órgãos de segurança era: morte por suicídio. Nesta versão, a imprensa local destacou, na época dos fatos, termos como "subversiva" e que teria usado a "alça da bolsa" para suicidar-se. Trata-se de uma versão montada para encobrir graves violações de direitos humanos praticados pelos órgãos de repressão.

Em Sentença Judicial, datada de 29 de outubro de 2014, pronunciada pela Juíza de Direito a Dra. Paula Maria Malta do Rego¹¹, acolheu o pedido, reconhecendo legalmente a retificação passando a constar na Certidão de Óbito, nos seguintes termos: Local de

¹⁰11ª Vara de Família e Registros Públicos do Recife, no processo Nº 0007632-07.2015.8.17.0001.

¹¹11ª Vara de Família e Registro Civil da comarca do Recife/Pernambuco.



falecimento – Delegacia de Segurança Social neste Distrito. Causa da morte – “Asfixia por estrangulamento (Homicídio)”.

O resultado dos trabalhos das Comissões da Verdade no Brasil pode apresentar um legado jurídico de reconhecimento do caráter coletivo do direito à memória e à verdade na medida em que os relatos, depoimentos, documentos apresentados nas comissões contribuem para o fortalecimento de uma consciência da justiça cidadã no engajamento de novas gerações na gramática dos direitos humanos no país.

Outro aspecto importante desse direito é a capilaridade que os relatórios das comissões podem alcançar. Desde que não fiquem no diagnóstico dos problemas relatados pelas vítimas e pelos fatos narrados pelas oitivas públicas. É fundamental consolidar uma alteridade jurídica que possa consolidar uma nova gama de possibilidades no engendramento de valores e garantias fundamentais.

O Brasil apresenta iniciativas insuficientes visando resgatar e reparar a memória do período ditatorial em face daqueles que lutaram e tombaram pela democracia. Todavia há muito tempo, o Estado brasileiro vem proporcionando o seu dever de reparar. No entendimento de Tavares e Agra:

Depois da entrada em vigor da Constituição cidadã diversas vozes se levantaram pleiteando indenização às vítimas da ditadura e punição aos crimes cometidos. Contudo, com a posse do Governo Collor, tais vozes foram abafadas em razão das ligações desse Presidente com o regime de exceção. Durante o governo de Itamar Franco houve poucos progressos relevantes, ficando a temática na penumbra. No Governo Fernando Henrique Cardoso foi aprovada a Lei nº 9.140, de 04.12.1995, alterada pela Lei nº 10.536, de 2002, que finalmente reconheceu como efetivamente morta, para todos os efeitos legais, as pessoas que haviam participado de atividades políticas entre 1961 e 1988, além de ter criado uma Comissão Especial, para proceder ao reconhecimento dos desaparecidos políticos, trabalhar para a localização de seus corpos e proceder à análise de pedidos de indenização (TAVARES E AGRA, 2009, p.81).

O passado somente começou a fazer parte do programa de governo brasileiro a partir do ano de 1995, quando da aprovação da Lei 9.140/95. O Estado começaria a pagar indenizações, conforme descrito por Borges (2012). “A Lei dos Desaparecidos” seria alterada pela Lei 10.536, de 2002. No entendimento de Tavares e Agra: “Pela primeira vez,



reconheceu-se a possibilidade de indenização dos desaparecidos políticos, desse que fosse atestada sua morte” (TAVARES E AGRA, 2009, p.85).

A Lei de Reparação nº 10.559 de 13 de novembro de 2002, regulamentou as indenizações para os brasileiros que sofreram algum tipo de perseguição pelo regime militar. Conforme Borges:

[...] a criação da Lei 10.559 que promoveu o funcionamento da Comissão de Anistia e também instaurou a possibilidade de o Estado reparar administrativamente, os prejuízos econômicos infringidos a ex-perseguidos do regime militar. Essa Lei representou um marco significativo de avanços na questão da compensação. Os valores da reparação são baseados no tempo em que o anistiado ficou afastado das atividades profissionais (BORGES, 2012, p.135-136).

O Estado brasileiro vem cumprindo, de distintas formas (sobretudo financeiras) o seu dever de reparar. Essa dimensão é a que tem mais se desenvolvido no país. No entendimento de Meyer:

O advento da Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002, permitiu a instituição no âmbito do Ministério da Justiça da Comissão de Anistia, dando regulamentação ao art.8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Ela instituiu o regime do anistiado político que após ter reconhecida essa condição pela Comissão, faz jus a uma declaração nesse sentido, a uma reparação econômica de caráter indenizatório, a contagem de tempo, para todos os efeitos dos períodos de afastamento de atividades profissionais, conclusão do curso para o punido estudante ou registro de diploma obtido no exterior e a reintegração dos servidores ou empregado públicos punidos. O grande avanço da Comissão de anistia deu-se a partir de 2007, com a superação do conceito de anistia como política de esquecimento. Os testemunhos condicionantes da concessão de anistia exercem um importante papel de registro de memória. Mediante a chamada 'Caravana da Anistia', os trabalhos passam a ser realizados em diversos locais no país, onde justamente ocorreram violações de direitos humanos divulgando ainda mais o trabalho da Comissão de anistia (MEYER, 2012, p.266).

A reparação imperfeita, através da indenização pecuniária, tem sido a tônica do Estado brasileiro.



4 DOS EIXOS IGNORADOS

Os deveres de investigar, processar e punir os violadores de direitos humanos, de revelar a verdade, oferecer a reparação adequada com reformas institucionais estão concatenados aos direito à justiça, a verdade, direito a compensação e a instituições reorganizadas. Conforme Borges:

O direito à justiça é concretizado quando se permite o julgamento de violadores de direitos humanos. Desse modo, apesar de os julgamentos se mostrarem complicados principalmente nesse contexto, em que o Estado, por meios de seus agentes, cometeu graves violações dos direitos humanos, punir os violadores por meio de julgamentos pode servir para evitar a prática desses crimes no futuro e também, de conforto às vítimas (BORGES, 2012, p. 157).

Em relação às reformas das instituições públicas abusivas, voltam-se principalmente aos serviços de segurança policial ou militar. No Brasil não houve iniciativas oficiais quanto a identificar violadores. No entendimento de Mezarobba:

[...] É verdade que, depois de reconhecidos por algumas vítimas ou apontados pela imprensa, alguns (poucos) acusados de violar direitos humanos foram instados a deixar seus cargos, mas nem todos o fizeram caso do Coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra, identificado quando ocupava o cargo de adido militar da embaixada brasileira em Montevidéu, e do coronel Armando Avólio Filho, estabelecido em função idêntica na embaixada de Londres. Sem a anulação da Lei de Anistia algumas mudanças ocorridas logo após a transição, no posicionamento do governo em relação à questão dos direitos humanos, não foram suficientes para fazer justiça às vítimas do regime militar (MEZAROBBA, 1999, p.49).

A decisão em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº153 (ADPF 153) desmascarou um Supremo Tribunal Federal (STF) vacilante e incomodado. Vacilante como instituição republicana para agir em detrimento de outras instituições, especificamente, nesse caso, em relação às forças armadas, cujos alguns altos integrantes incentivaram e praticaram a tortura desmedidamente. Incomodado em ter de decidir sobre um caso interconstitucional, dizer o que é de direito desde uma ordem jurídica imposta e autoritária até a ordem jurídica constitucional presente, a da Carta Cidadã, como frisou Ulysses Guimarães por ocasião da pronulgação em 05 de outubro de 1988.



O Relatório e a decisão¹² de abertura do Ministro Eros Grau deu o tom aos debates e à consolidação do mérito. Basicamente, do ponto de vista jurídico, a lei de anistia não recepcionada traz prejuízo financeiro aos anistiados:

O que se pretende é extremamente contraditório: a ab-rogação da anistia em toda sua amplitude, conduzindo inclusive atormentosas e insuportáveis conseqüências financeiras para os anistiados que receberam indenizações do Estado,compelidos a restituir aos cofres públicos tudo quanto receberam até hoje a título de indenização. A procedência daação levaria a este funesto resultado (STF, 2010, p.24).

De outro lado, pelos argumentos extrajurídicos, o Ministro-Relator assumiu a posição da anistia acordada e cita a declaração de Dalmo de Abreu Dallari, frente à Fundação Perseu Abramo, de que a anistia haveria sido resultado de um pacto à época.

A inicial ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do país, o da batalha da anistia, autêntica batalha. Toda a gente que conhece nossa História sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da Lei n. 6.683/79. A procura dos sujeitos da História conduz à incompreensão da História. É expressiva de uma visão abstrata, uma visão intimista da História, que não se reduz a uma estática coleção de fatos desligados uns dos outros. Os homens não podem fazê-la senão nos limites materiais da realidade. Para que a possam fazer, a História, há de estar em condições de fazê-la. Está lá, n' O 18 Brumário de Luís Bonaparte: "Os homens fazem sua própria história, mas não a fazem como querem, não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado" (STF, 2010, pp.25-26).

Primeiro, a base constitucional para indenização às pessoas perseguidas pelo regime autoritário anterior está no artigo 8º do Ato de Disposição Constitucionais Transitórias e não na lei de anistia.

Segundo, não foi exercido o controle de convencionalidade, que remeteria o caso a ser analisado a partir dos tratados de Direitos Humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Àquela altura dos fatos, amplamente consolidada para declarar inconvencional as leis de autoanistia.

¹²Relatório e decisão do Ministro Eros Grau. ADPF153. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/stf/anexo/adpf153.pdf>. Acesso em 9 de outubro de 2017.



Terceiro, não houve batalha pela anistia. Não debate legítimo de ideias, conceito e amplitude da anistia no Brasil. O Comitê Brasileiro pela Anistia, por exemplo, não tinha representante no Congresso Nacional para trazer a demanda. E a oposição não dispunha de força política para pautar o debate. Houve uma pressão unilateral da ditadura militar para que a anistia saísse aos seus moldes.

Certamente, uma das piores decisões da história do STF. Do ponto de vista institucional, do ponto de vista jurídico, no trato da normativa interna e da normativa internacional, e do ponto de vista no trato dos eventos históricos associados à anistia.

As ações penais propostas pelo Ministério Público Federal¹³ também foram obstaculadas pelo Judiciário sob o pretexto da prescrição dos crimes e, portanto, não haveria a base jurídico-legal para se seguir com as ações. Vale frisar como o instituto da prescrição tomou um conteúdo completamente diverso da sua originalidade. No Brasil, a prescrição foi de um instituto garantista para o instituto da impunidade. De um instituto que obriga o Estado a ser diligente para um instituto da fraude processual por omissão de atos obrigatórios.

Já o Caso Gomes Lund e outros *versus* República Federativa do Brasil faz o debate sobre a anistia e a justiça de transição no Brasil desenvolver-se sem essas amarras existentes internamente. A Corte Interamericana de Direitos Humanos reiterou sua jurisprudência para considerar inconveniente a lei de anistia no Brasil para conceder o perdão a título de autoanistia e, como isso, dar imunidade aos agentes estatais de crimes de lesa humanidade, cuja existência atual de pessoas desaparecidas faz o crime em consumação, portanto, latente para a persecução penal¹⁴.

Está pendente a denegação de Justiça do Estado brasileiro pelo sua omissão em investigar o paradeiro das pessoas reconhecidas como desaparecidas políticas, cujos

¹³ Ações penais propostas pelo Ministério Público Federal. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/copy_of_pdfs/Acoes_penais_ditadura.pdf. Acesso em 9 de outubro de 2017.

¹⁴ Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Gomes Lund e Outros x Brasil. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf. Acesso em 09 de outubro de 2017.



crimes das quais são vítimas permanecem em consumação, em processar e, eventualmente, condenar os envolvidos.

Tendo em vista o que foi disposto, apesar do Brasil ter avançado na superação do seu legado ditatorial, principalmente no que tange a reparação civil às vítimas e seus familiares, não satisfaz ainda a obrigação de cumprir seus deveres com relação à verdade, à justiça, não realizando as reformas institucionais e conforme verificado, a tortura ainda não deixou de ser praticada nas “dependências” do Estado democrático de direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do modelo conceitual adotado, do material coletado e da análise realizada, é possível afirmar que:

a. existe uma ação da sociedade civil, a partir de grupos organizados, para pautar temas como anistia e tortura; b. existe um mecanismo de reparação individual para as pessoas perseguidas pela sua atuação política contra a ditadura; c. existe reparação difusa de natureza simbólica em homenagem à luta contra o arbítrio; d. existe uma construção da verdade com a versão dos grupos “calados” durante a ditadura; por outro lado; e. alguns espaços de memória permanecem como não-memória, ou seja, não sinalizados, mal sinalizados ou inúteis ao seu objetivo primário; f. a judicialização de fatos de lesa humanidade permanece obstaculada na jurisdição nacional; g. não se configuraram medidas de mudanças institucionais profundas no Estado brasileiro.

Dessa forma, conclui-se a transição do autoritarismo da ditadura (1964-1985) para a redemocratização no Brasil é parcial, com significativas lacunas em termos de memória, justiça e reforma institucional.



REFERÊNCIAS

BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. **Anistia: as leis Internacionais e o caso Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009.

BORGES, Bruno Barbosa. **Justiça de transição: a transição inconclusa e suas consequências na democracia brasileira**. Curitiba: Juruá, 2012.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 9 de outubro de 2017.

_____. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade**. 2014.

_____. **Plano Nacional de Direitos Humanos III**. Decreto 7.037/2009. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/direito-para-todos/programas/pdfs/programa-nacional-de-direitos-humanos-pndh-3>. Acesso em 9 de outubro de 2017.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. Democracia substancial: um instrumento para o poder político. In: **Direitos humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MEYER, Emilio Peluso Neder. **Ditadura e responsabilização: elementos para uma justiça de transição no Brasil**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

MEZAROBBA, Glenda. O que é justiça de transição? Uma análise do conceito a partir do caso brasileiro. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coords.). **Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

NAÇÕES UNIDAS. **Resolução S/2004/616 do Conselho de Segurança**. Disponível em: . Acesso em 9 de outubro de 2017.

PERNAMBUCO, **Relatório da Comissão Estadual da Memória e da Verdade Dom Helder Câmara**. 2017.

TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura. Justiça Reparadora no Brasil. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coords.). **Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

TEITTEL, Rute. Genealogia da Justiça Transicional. In: **Justiça de Transição: Manual para a América Latina**. Brasília e Nova Iorque. 2011.

ZYL, Paul van. Promovendo a Justiça de Transição em Sociedades Pós-conflito. In: **Justiça de Transição: Manual para a América Latina**. Brasília e Nova Iorque. 2011.

.....



Antonio Justino de Arruda Neto¹

Danilo Henrique De Sousa Melo²

Felipe D'Oliveira Vila Nova³

1 INTRODUÇÃO

A relevância atual sobre o tema está no pré-questionamento ou questionamento em ao que é testamento vital e a importância para a relação jurídica e medicina. O primeiro está com a função de positivar as relações e realizações individuais ou coletivas quanto à legitimidade ou não dos atos, além de ser o árbitro das mesmas. Em relação à medicina há um hiato quanto à juridicidade dos atos que são praticados, pois o que existe é uma resolução, que serve como princípio, ou seja, uma condicionante para prática do testamento vital.

O texto irá discutir em seu primeiro objetivo de específico sobre a origem e adequação do testamento vital quanto à seara do direito comparado, tendo destaque à Espanha. No segundo ponto do texto – há destacar-se o biodireito como impulsionador ou princípio, em uma discussão médico-jurídico, além de questionar o papel do processo civil em relação ao procedimento que deverá ater-se. Por fim, o testamento vital adequado no ordenamento jurídico nacional, nesse ponto fará uma analogia com o direito civil e o tipo testamento público.

Em relação à justificativa está na tentativa de responder o questionamento inicial realizado pelo título do texto – pelo fato dessa lacuna quanto ao assunto em discussão,

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Pernambuco – Campus Arcoverde. netojustinoarruda@gmail.com;

² Graduando em Direito pela Universidade de Pernambuco – Campus Arcoverde. danilo2010henrique@hotmail.com.

³ Docente da Universidade de Pernambuco- Campus Arcoverde. felipevilanova@gmail.com



pois o cerne da problematização tem como referência no que tange o biodireito, como forma de discutir ou ampliar horizontes como forma interdisciplinar com o direito positivado. Enfim, para poder formar no sentido de uma estabilidade aos que procuram essa forma de testamento, ou seja, a segurança jurídica. Pelo fato de não viver num momento de ataraxia e sim em insegurança.

Metodologia qualitativa, que tem o caráter exploratório em relação ao tema e como forma de explicar o questionamento, sobre o título do artigo, através de uma pesquisa bibliográfica explicativa - através de livros, periódicos.

Busca-se aferir a importância da Construção de uma modalidade de Testamento diferenciada das demais modalidades existentes, pelo seu tratamento diferenciado, com as acepções existente do Biodireito que possam fomentar o instituto para se tornar de maior assimilação e uso no Ordenamento Jurídico brasileiro.

2 O CERNE DO TESTAMENTO VITAL

Inicialmente busca-se analisar a origem e as diretrizes básicas do Testamento Vital, e suas nuances que o tornam de aderência ao Ordenamento Jurídico Nacional.

As primeiras considerações a serem feitas é que, segundo Martinez e Lima (2016) As primeiras manifestações sobre o Testamento Vital surgiram na legislação Californiana (Estado-membro dos Estados Unidos da América), em 1976, com o "California Natural Death Act", este corroborado na figura do "Living Will" tratava da possibilidade do paciente terminal dispor de seu tratamento em vida, quando o mesmo não puder mais exprimir sua vontade.

Em regra, o mesmo aplicava-se aos pacientes em estado terminal que segundo as lições de Knobel e Silva (2004, p.133):

Paciente terminal é aquele que possui condição de saúde irreversível, independentemente de estar ou não sob tratamento, e que, com base nesse quadro, apresenta uma alta probabilidade de morrer num período relativamente curto de tempo.



Para Dadalto (2010, p. 2), o Testamento Vital é um “documento pelo qual uma pessoa capaz pode deixar registrado a quais tratamentos e não tratamentos deseja ser submetida caso seja portadora de uma doença terminal”.

Após a conceituação do que venha a ser o instrumento em discussão no texto, Godinho (2012, p. 956) leciona que:

O testamento vital consiste num documento, devidamente assinado, em que o interessado juridicamente capaz declara quais tipos de tratamentos médicos aceita ou rejeita, o que deve ser obedecido nos casos futuros em que se encontre em situação que o impossibilite de manifestar sua vontade, como, por exemplo, o coma.

Segundo Martinez e Lima(2016), ele é um testamento com função de dar ao indivíduo a possibilidade de dispor sobre recusas ou aceitações a certos tratamentos, dentre os possíveis, destacando aqueles que os convém, como primazia da autonomia e liberdade do indivíduo, verificando que o mesmo resguarda a vontade do indivíduo frente às intervenções médicas que contrariem a vontade do agente receptor do tratamento, assim, quando não se puder mais dispor de sua vontade, o referido instrumento fará as vezes para dar eficácia à vontade do paciente.

Dadalto (2010) expõe que a terminologia “Testamento Vital” deverá ser criticada pelo fato de não se moldar as acepções próprias do Testamento, conforme a legislação nacional, cunhando necessariamente a terminologia “diretivas antecipadas de última vontade”, pois demonstra maior assimilação com os intuitos e a natureza do instituto.

No Brasil, o Testamento Vital não está regulamentado. No entanto, o Conselho Federal de Medicina está empenhado em sua regulamentação no âmbito da Ética Médica.

Portanto, se por um lado o Testamento Vital é um documento com diretrizes antecipadas, que uma pessoa realiza em uma situação de lucidez mental e de total autonomia para decidir sobre si – para que seja levado em conta – quando, por causa de uma doença, já não for possível expressar sua vontade, por outro é um novo instituto jurídico discutido pela Bioética e que, a despeito de em alguns países da Europa e nos EUA já têm positivado em texto legal, no Brasil ainda é objeto de discussão em diversas áreas: Medicina, Direito e Bioética, entre outras (PICCINI et al, 2011, p. 2).



O instituto está intimamente ligado as questões existências (vida e morte) do paciente, estruturado na relação: autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana, discorrendo sobre as liberdades individuais e as necessidades de se estabelecer tal documento conforme os avanços tecnológicos que permitem a prolongação da vida (FURTADO, 2013).

3 A (PRÉ) COMPREENSÃO ENTRE O BIODIREITO E O TESTAMENTO VITAL

O destaque desse objetivo de se discutir o cerne ou princípio do testamento vital terá um viés da interpretação, baseada na questão da (pré) compreensão do termo perante o público receptor, nesse caso há duas comunidades, a médica e a jurídica, respectivamente. Nesse sentido, o destaque está contido no debate acadêmico sobre o tema, quando há um aspecto prático de utilização deste instrumento, ou seja, o hiato está na questão da segurança jurídica, quanto à utilização do mesmo por parte da comunidade médica nacional.

Quanto à formação do conceito do testamento tem como definição: "Ato solene pelo qual se dispõe, para depois da morte, de todos ou de alguns bens próprios" (AURÉLIO). Por conseguinte, o surgimento histórico do que seja o testamento vital:

Las raíces del "testamento vital" deben buscarse —como la mayoría de las novedades en bioética— en los Estados Unidos, atribuyéndose la expresión anglosajona *living will* a la propuesta pionera del letrado Kutner, quien en 1967 concibió un documento en el que cualquier persona podía consignar su voluntad de no recibir o de interrumpir un tratamiento en caso de enfermedad terminal (MACÍAS; ARMAZA; BERIAIN, 2015, p.164)⁴.

Após a questão da origem desse termo, advindo do contexto Norte-Americano – que serve como paradigma para outros Estados para uma adaptação e desenvolvimento

⁴"As raízes do "testamento vital" devem ser buscadas - como a maioria das novidades na bioética - nos Estados Unidos, atribuindo a expressão anglo-saxônica vontade viva à proposta pioneira do advogado Kutner, que em 1967 recebeu um documento na que qualquer pessoa poderia registrar seu desejo de não receber ou interromper um tratamento em caso de doença terminal" (**Tradução nossa**).



do conteúdo, que serve como uma segurança jurídica para a realização do processo. Para a concretização do testamento vital – existe um elemento que é “a autonomia de vontade”, que no marco civil é considerado princípio de uma relação contratual.

Pois, questão de se trabalhar em uma relação contratual depende da anuência de ambas as partes, neste caso têm como partes: de um lado o paciente, que deseja interromper determinado tratamento⁵ e do outro o médico ou uma equipe de médicos que tem como responsabilidade de continuar o tratamento, mesmo que sua eficácia não tenha sido alcançada.

Nesse sentido, já que se trata de um princípio que define uma relação que tem como objetivo de reger uma determinada situação que foi explicada no parágrafo anterior e com isso, tem como objeto discutir:

De esta forma, el consentimiento informado constituiría la principal manifestación, en el ámbito de esta relación médico-paciente, de la autonomía de la voluntad y como una expresión más de dicha autonomía de voluntad surgirían las instrucciones previas, respecto de aquellos supuestos en los que el paciente, previamente capaz, hubiera perdido tal capacidad o competencia⁶ (MACÍAS; ARMAZA; BERIAIN, 2015, p. 165).

Por isso, a questão da capacidade de competência é um dos pontos que incide a insegurança jurídica na relação mencionada, pois o sentido do testamento é contratual e nesse caso, sua existência e eficácia ficam comprometidas perante o ordenamento jurídico nacional. Já que é um instrumento que não está contido no Código Civil do Brasil, isso na relação civilista-processualista.

E quanto à questão do biodireito nessa relação? Qual sua função? Esses dois questionamentos servem como aporte do que denomina de (pré) compreensão, pois o sentido está contido nas entrelinhas dessa ação. Devido o fato compreender a questão

⁵Esta atitude não deve ser considerada eutanásia.

⁶Desta forma, o consentimento informado constituirá a principal manifestação, no âmbito desta relação médico-paciente, da autonomia da vontade e como uma expressão adicional da referida autonomia de vontade, as instruções anteriores surgiriam, em relação aos casos em que o paciente, anteriormente capaz, teria perdido tal capacidade ou competência. (Tradução nossa).



ontológica – ou seja, o ser constitui um processo e nesse existe a autonomia de vontade de entender o mundo e suas nuances e nesse sentido a existência é que prenuncia a interpretação (STRECK, 2017).

Pois bem, o texto retorna a questão do biodireito, ou seja, o direito a vida—que significa dentro do campo jurídico uma inovação ou desenvolvimento nas novas formas convivência em sociedade. Sua aplicação dependerá de um fator inerente é sobre a questão da “vida”. Portanto, o uso do biodireito está inserido na atuação da ética como fundamento de utilização do instrumento do testamento vital, com isso:

Pode-se fechar este estudo asseverando que as implicações do reencontro do direito com a ética, desde que alicercem um pensamento forte no âmbito biótico, legitimam um uso responsável da expressão biodireito, para identificar a maneira mais igualitária de entender e empregar o jurídico (SILVA, 2002, p.207).

Quanto à atribuição do uso do biodireito, o mesmo serve como princípio e também como segurança jurídica para a atribuição do testamento vital, pois a tutela do Estado implica ao cidadão a seguinte premissa: “E sob essa perspectiva do Estado Democrático de Direito é imperioso assegurar ao indivíduo o direito ao termino da vida digna, direito este que deve ser exercido pelo indivíduo de forma autônoma” (MARTINEZ; LIMA, 2016, p. 111).

4 O TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme explanado, busca-se neste tópico analisar a adequação do Testamento Vital no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

O testamento vital se assemelha ao testamento, pois também é um negócio jurídico, ou seja, uma declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece. Também é unilateral, personalíssimo, gratuito e revogável, todavia, distancia-se do testamento em duas características essenciais deste instituto, a produção de efeitos post mortem e a solenidade. (DADALTO, 2013).



Embora o instrumento se assemelhe ao testamento, este se distância por uma característica fundamental: a produção de seus efeitos, que no Testamento convencional é post mortem.

Perfilha desse entendimento ainda Godinho (2005, p. 956) ao apontar que:

Não se trata exatamente de um testamento, porque este ato jurídico se destina a produzir efeitos post mortem; ao revés, o testamento vital tem eficácia inter vivos. Ademais, há outra significativa distinção entre as figuras: o testamento vital tem por objetivo firmar antecipadamente a vontade do paciente quanto aos atos médicos a que, pretende se submeter, subsistindo as instruções contidas no documento nos casos que seu subscritor estiver impossibilitado de manifestar-se, o testamento propriamente dito, por seu turno, implica, normalmente, uma divisão do patrimônio pertencente ao testador, não obstante a lei permita que o ato seja celebrado para fins não patrimoniais, como o reconhecimento de paternidade, por exemplo.

No Brasil, o Testamento Vital guarda grande assimilação com a Ortotanásia, muito debatida, mas de fácil assimilação, pois em ambos há prevalência da vontade do paciente, terminal e capaz, optando o mesmo por um tratamento que seja próximo as preferências do testador (FARIAS e ROSENVALD, 2010)

Dadalto (2010) ressalta a potencial de eficácia que o testamento trás para as aplicações de tratamento médico, dando respaldo para estes laborais na definição do tratamento do cliente sem impasses que possam surgir dos familiares e afins.

Deve ser destacado que o negócio tem efeito inter vivos, uma vez que tem por escopo ser eficaz em vida, já que fixa as diretrizes a serem atendidas durante a vida do sujeito, vinculando médicos, parentes do paciente, conforme a autonomia privada do paciente em declarar tais normas de caráter individual.

Por fim ressalta Dadalto (2013, p.5) que:

Não há no Brasil nenhuma associação civil que lute para implementar a declaração prévia de vontade do paciente terminal, não há nenhum projeto de lei específico sobre as diretivas antecipadas em trâmite no Congresso Nacional, o primeiro livro – e único – publicado sobre o tema no Brasil é de 2010, não existem muitos artigos científicos sobre a temática, a maior parte dos profissionais de saúde desconhece o que seja a declaração prévia de vontade do paciente terminal, a maior parte dos cartórios de notas desconhece o documento, o primeiro site especializado no assunto entrou em funcionamento em abril de 2012 e tais fatos, geram distorções sobre o tema, que necessitam ser verificadas e, posteriormente, recompostas (...).



A praticidade do Testamento Vital não se coaduna com o testamento civil convencional, embora receba subsídios que o tornem institutos próximos, mas sendo necessário não considerar, à rigor, a nomenclatura “testamento”, para dispor de ambos os institutos com o mesmo tratamento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho analisou A origem do Testamento Vital e sua simetria com o instituto do “living will” dos Estado Unidos da América, posteriormente foi analisado o Testamento Vital compreendido com as acepções do Biodireito, e posteriormente a forma de adequação que dá-se ao Testamento Vital no Ordenamento Jurídico Nacional.

Verificou-se que o instituto difere das modalidades de Testamento que estão presentes na legislação nacional, com parâmetro dos próprios testamentos do Código Civil, restando notável que as finalidades de ambos são distintas, favorecendo a bifurcação pelas necessidades de ambos os institutos.

Foi averiguado que é necessária, se não imprescindível, a adequação e popularização do Testamento Vital para atingir a todos os segmentos sociais, pelo benefício que o instituto possui na resolução de demandas judiciais e administrativas de cunho médico e na resolução dos conflitos familiares quando da resolução das questões resolvidas pelo Testamento Vital.

Resultou-se que seja necessária esta adequação do Testamento Vital, mas rejeitando as delimitações do Testamento nos moldes do Código Civil, e sim com as particularidades do Biodireito, advindas da bioética, que exaltam a valoração da vida e da dignidade da pessoa humana, que são capazes de atribuir ao Testamento Vital a melhor harmonização do instituto conforme as aspirações da Constituição da República de 1988.



REFERÊNCIAS

- DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). **Rev. Bioét. Derecho**. 2013; p. 61-71.
- FARIAS. Cristiano Chaves; ROSENVALD. Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 8. Ed. Livraria e Editora Lumen Juris Ltda. Rio de Janeiro, 2010.
- FURTADO, Gabriel Rocha. Considerações sobre o testamento vital. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 2, p. 4, 2003.
- GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas Antecipadas de Vontade: Testamento Vital, Mandato Duradouro e sua Admissibilidade no Ordenamento Brasileiro. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, São Paulo, n.1, p.945-978, 2012.
- KNOBEL, Marcos; SILVA, Ana Lúcia Magalhães. O paciente terminal: vale a pena insistir no tratamento? **Einsten**, São Paulo, v. 2, n. 2, 2004.
- MACÍAS, Elena Atienza; ARMAZA, Emilio José Armaza; BERIAIN, Iñigo de Miguel. Aspectos bioético-jurídicos de las instrucciones previas o testamento vital em el contexto normativo Español. **Acta Bioethica**. Santiago, v. 21, n.2, p. 163-172, 2015.
- MARTINEZ, Sérgio; LIMA, Adaina. O Testamento Vital e a Relação Médico-Paciente na perspectiva da Autonomia Privada e da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista de Bioética y Derecho**. Barcelona, v.37, p. 103-120, 2016.
- MENEZES. Antônio Basílio Novaes Thomaz de. Biodireito, bioética, Biopolítica. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**. Natal, v. 1, n.2, ago./dez., 2010.
- PICCININI et al. Testamento Vital na perspectiva de médicos, advogados e estudantes. **Revista Bioethikos**. São Camilo, vol. 5, n. 4, 2011.
- SILVA, Reinaldo Pereira e. Bioética e Biodireito: as implicações de um reencontro. **Acta Bioethica**. Santiago, ano. VIII, n.2, p.195-210, 2002.
- STRECK, Lênio. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. 1 ed. Belo Horizonte : Letramento: Casa do Direito, 2017.
- TESTAMENTO. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/testamento>>. Acesso em: 17 Nov. 2017





CASAMENTO INFANTIL FEMININO E A PERPERTUAÇÃO DA DOMINAÇÃO MASCULINA

Vagner Antonio dos Santos Silva¹

Felipo Pereira Bona²

1 INTRODUÇÃO

Classificamos de casamento infantil feminino a formatação matrimonial que envolva um homem maior e uma mulher que conte menos de 18 anos de idade.

A legislação brasileira estabelece que podem contrair união matrimonial, sob o instituto do casamento, pessoas maiores de 18 anos de idade. Há, entretanto, positivada no Art. 1.520, do Código Civil, possibilidade de validação de casamento de sujeitos que ainda não atingiram idade núbil quando ocorrer o evento "gravidez".

Isto significa dizer que à criança/adolescente do sexo feminino grávida de um homem maior é possível requerer autorização do Poder Judiciário para validação do casamento, ainda que em idade inúbil, conformando-se uma relação evidentemente desequilibrada entre "maior e menor".

No Relatório "Fechando a Brecha: Melhorando as Leis de Proteção à Mulher contra a Violência", do Banco Mundial, identificou-se o Brasil como sendo o quarto país em ranking mundial - atrás apenas de países como Índia, Bangladesh e Nigéria - onde mais se realizam casamento de inúbeis³. O casamento de menores é fenômeno que ocorre com

¹ Graduando do 8º período do curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Integração do Sertão – FIS. Foi estagiário da Advocacia Geral da União em Serra Talhada-PE. Membro do Grupo de Pesquisa Atelier de Filosofia: as Tonalidades do Filosofar da FIS, sob a liderança do Prof. Dr. Marcos Érico de Araújo Silva. E-mail: vagner-antonio94@hotmail.com.

² Advogado. Professor da Faculdade de Integração do Sertão – FIS. Mestre em Direito Pela Universidade Federal de Pernambuco (2014). E-mail: felipobona@hotmail.com.

³Em parte, isso acontece porque a lei brasileira permite que meninas se casem a partir dos 16 anos de idade, desde que haja o consentimento parental. O país também não prevê punição para quem permite que uma



crianças e adolescentes de ambos os sexos, todavia faz-se recorte metodológico neste artigo para focar a conformação do casamento quando a menor de idade é do sexo feminino, a fim de investigar a respeito da relação de dominação em face do poderio masculino.

Este artigo pretende analisar se e como a permissividade dos casamentos infantis femininos na codificação civilista brasileira, contribui para a manutenção e propagação do poder masculino, materializando a chamada “dominação masculina”.

Para orientar a análise do objeto e da problemática propostos, toma-se como marco teórico Pierre Bourdieu, que apresenta a Teoria da Dominação Masculina, e nos fornece subsídio para identificar como e quais instituições sociais contribuem para a propagação e hegemonização da relação hierarquizada masculino-feminino.

Este trabalho permite a reflexão sobre o instituto do casamento infantil feminino e sobre o fenômeno jurídico; exige análise crítica sobre o papel do Estado na tutela dos direitos das mulheres e, notadamente, daquelas em formação; além da compreensão acerca do papel das instituições sociais na submissão do gênero feminino ao masculino, consolidando a “dominação masculina”.

2 A DOMINAÇÃO MASCULINA: AS FUNÇÕES DO DIREITO E DO ESTADO

A construção de padrões e expectativas comportamentais dependem de práticas de sustentação e rotulagem dos seres sociais, cuja origem, aponta Bourdieu, encontra-se no *habitus*.

O *habitus* consiste numa estrutura mental, que se revela em todas as mentes socializadas, condicionando a percepção e a prática do mundo social.

menina se case em contravenção à lei ou para os maridos nesses casos. “Hoje, a medida só existe em sete países da América do Sul: Chile, Equador, Guiana, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela”.



Esse princípio de construção é um dos elementos constitutivos de nosso *habitus*, uma estrutura mental que, tendo sido inculcada em todas as mentes socializadas de uma certa maneira, é ao mesmo tempo individual e coletiva; uma lei tácita (*nomos*) da percepção e da prática que fundamenta o consenso sobre o sentido do mundo social (e da palavra família em particular), fundamenta o *sensu comum* (BOURDIEU, 1996, p.127).

O *habitus* são todos e quaisquer atos ou práticas realizados e mantidos pela sociedade ao longo do tempo, mesmo que não costumeiros ou corretos, mas, que de tanto serem utilizados, naturalizam-se como fundamento do consenso sobre o mundo social.

Neste sentido, Bourdieu considera que os *habitus* interferem nas relações entre homens e mulheres, estabelecendo as diferenças entre eles, naturalizando-as:

A divisão entre os sexos parece estar "na ordem das coisas", como se diz por vezes para falar do que é normal, natural, apontando ser inevitável: ela está presente, ao mesmo tempo, em estado objetivado nas coisas (na casa, por exemplo, cujas partes são todas "sexuadas"), em todo o mundo social e, em estado incorporado, nos corpos e nos *habitus* dos agentes, funcionando como sistemas de esquemas de percepção, de pensamento e de ação (BOURDIEU, 2012, p.17).

Esta construção social da forma como foi estabelecida concede ao gênero masculino neutralidade ao contrário do feminino que é sempre caracterizado, fazendo com que os homens propaguem todo seu poder através da chamada "dominação masculina", não sendo necessário justificá-la, como retratou Bourdieu ao esclarecer que "a força da ordem masculina se evidencia no fato de que ela dispensa justificá-la: a visão androcêntrica impõe-se como neutra e não tem necessidade de se enunciar em discursos que visem legitimá-la" (BOURDIEU, 2012, p.18).

Mas quem reproduz a dominação masculina? Quem realiza o trabalho histórico de (des) historicização de que a dominação masculina realmente existiu e ainda sobrevive? Bourdieu (2012) declara que quatro principais instâncias contribuíram para retirar da história as relações da dominação masculina, sendo elas a Família, Igreja, Escola e o Estado.

Quanto a família este autor retrata que:



É, sem dúvida, à família que cabe o papel principal na reprodução da dominação e da visão masculinas; é na família que se impõe a experiência precoce da divisão sexual do trabalho e da representação legítima dessa divisão, garantida pelo direito e inscrita na linguagem (BOURDIEU, 2012, p. 103).

Logo a família é a principal instância da dominação masculina, é onde o pai/marido é tido como o chefe da casa e onde os demais lhe devem obediência, mas como a família possui sua privacidade como já vimos, a situação de subordinação não é evidente. Quanto a igreja, Bourdieu urge dizer que ela é “marcada pelo antifeminismo profundo de um clero pronto a condenar todas as faltas femininas à decência, sobretudo em matérias de trajes, e a reproduzir, do alto de sua sabedoria, uma visão pessimista das mulheres” (BOURDIEU, 2012, p. 103).

Nestes termos, a igreja com base nos seus textos sagrados, pregam domínios éticos a serem seguidos contribuindo na invisibilidade de dominação masculina. Já com relação a escola, Bourdieu induz que:

[...] a Escola, mesmo quando já liberta da tutela da Igreja, continua a transmitir os pressupostos da representação patriarcal (baseada na homologia entre a relação homem/mulher e a relação adulto/criança) e sobretudo, talvez, os que estão inscritos em suas próprias estruturas hierárquicas, todas sexualmente conotadas, entre as diferentes escolas ou as diferentes faculdades, entre as disciplinas [...] entre as especialidades, isto é, entre as maneiras de ser e as maneiras de ver, de se ver, de se representarem as próprias aptidões e inclinações, em suma, tudo aquilo que contribui para traçar não só os destinos sociais como também a intimidade das imagens de si mesmo (BOURDIEU, 2012, p. 104).

Nestas palavras, é indiscutível o poderio de influência da entidade escola na mentalidade dos indivíduos, principalmente quando temos em mente que ela lida com os seres humanos desde de sua fase inicial de vida até tornarem-se adultos.

Por fim, para encadear o que introduziu anteriormente, Bourdieu ainda acrescenta o Estado como a última instância de propagação da dominação masculina, vejamos:

Para terminar este recenseamento dos fatores institucionais da reprodução da divisão dos gêneros, teríamos que levar em conta o papel do Estado [...]. Sem falar no caso extremo dos estados paternalistas e autoritários (como a França de Petain ou a Espanha de Franco), **realizações acabadas da visão ultraconservadora que faz da família patriarcal o princípio e modelo da ordem social** como ordem moral, **fundamentada na preeminência absoluta dos homens em relação às**



mulheres, dos adultos sobre as crianças e na identificação da moralidade com a força, da coragem com o domínio do corpo, lugar de tentações e de desejos [...] (BOURDIEU, 2012, p. 105, grifo nosso).

Assim sendo, percebemos que o Estado tem na visão de família patriarcal o modelo a ser seguido em sociedade, ratificando e reforçando essas prescrições, levando as demais instituições sociais a regulamentação da existência cotidiana da unidade doméstica.

Bourdieu ainda na análise do Estado como instância que reproduz a dominação masculina, deixa claro que ele tem intrínseca relação com o Direito de Família, na realidade ele interfere em suas formulações, para ele “os Estados modernos inscreveram no direito de família, especialmente nas regras que definem o estado civil dos cidadãos, todos os princípios fundamentais da visão androcêntrica” (BOURDIEU, 2012, p. 105).

Portanto, se o Estado reproduz a dominação masculina e interfere nos ditames propostos pelo Direito de Família pautado em uma visão patriarcal e androcêntrica, por óbvio práticas como o casamento infantil serão permitidas através de suas exceções legais que por sua vez foram regradas e encharcadas da subordinação do ser feminino ao masculino, manifestando-se através de um *habitus* de gênero.

As normas de gênero, a saber, imposições sociais impostas aos indivíduos como “apropriadas ou esperadas”, tornam-se mais claras na realização dos casamentos infantis. Esta situação ocorre devido principalmente a diferença de idade entre o casal, sendo o homem na maioria das vezes sempre mais velho (adulto).

Desta maneira, dentro da perspectiva dos casamentos infantis, percebemos que as mulheres menores de idade que são levadas a concretizá-los, são movidas na maioria das vezes por estes ditames impostos pela sociedade, ficando sujeitas às vontades de seus maridos mais velhos.

Esta situação é mantida justamente pela dominação masculina. Assim, a própria dominação masculina é refletida a partir dos *habitus*. Portanto, mesmo sendo prática antiga fundamentada em valores patriarcais, continuou sendo mantida pelos indivíduos e adquirindo normalização.



Mas porque isto acontece? Porque as meninas pela pouca idade que apresentam, encontram-se em uma situação de “vulnerabilidade” sendo na maioria dos casos “controladas” pelos seus parceiros, como demonstra trecho de entrevista realizada pela pesquisa **“Ela vai no meu barco”**, com uma avó, descrevendo o homem mais velho que casou com sua neta:

AVÓ: Quando ela fez 15 anos, ele [aos 23 anos de idade] era mais esperto que ela e “encheu a cabeça dela”. ENTREVISTADOR: Por que você acha que ele era mais esperto que ela? AVÓ: Porque ele tem mais experiência: ele sabe conversar com as pessoas na rua, com mulher, entende? E ela não é; ela nunca foi saideira; ela sempre ficava em casa. Ela saía só de vez em quando com uma vizinha, com a filha de um vizinho. Durante a festa de São João eu deixava ela sair, eu não pedia muita coisa; mas quando eu saía, eu sempre levava ela (ELA VAI NO MEU BARCO, 2015, p. 78)

Neste sentido, podemos perceber todo o poder masculino que está fundamentado nos comportamentos que a sociedade espera e impõe para serem seguidos por um homem e por uma mulher. Quando trazemos a problemática do casamento infantil para tais perspectivas, destacamos que como é uma união abarcando pelo menos um cônjuge abaixo dos 18 anos de idade, aos olhos dos seres sociais a prática ganha “reprovação”, justamente por estarmos falando de casamentos onde crianças e adolescentes são os principais afetados. No entanto, como se tem exceção legal para sua realização e quando não são realizadas pelos meios legais, são informais ou consensuais, os casamentos infantis começam a ganhar naturalidade perante a sociedade, principalmente em face da construção da família, como já foi trabalhado.

Assim, se um homem maior de 18 engravida uma menor de 16 e “não há a formação da família” é de se notar a reprovação imediata da sociedade em face da “menina grávida e menor de idade”, fundamentada em viés de gênero de que se a mulher engravidou é melhor casar para ter sua honra garantida. Logo, marcado por tal reprovação social, realiza-se o casamento e conseqüentemente a formação da família. Desejo na maioria das vezes advindos dos pais das meninas, que pretendem controlar sua sexualidade, pautado na “honra familiar” perante a sociedade que é dura ao rotular os indivíduos.



3 O CASAMENTO INFANTIL NO BRASIL

É fundamental compreender o que se entende por “casamento infantil e os meandros de sua configuração. Para tanto é necessário investigar a respeito do processo de naturalização do instituto da família, do próprio ato de casamento em si, bem como do que se entende por criança e adolescente.

Chiara Saraceno (1997, p. 14) considera a família “o espaço histórico e simbólico no qual e a partir do qual se desenvolve a divisão do trabalho, dos espaços, das competências, dos valores, dos destinos pessoais de homens e mulheres”. A família seria, portanto, o primeiro grupo ao qual o ser humano pertence e se referenciao engendrar-se no seio social, condicionante das formas e sentidos da coletividade e da construção da realidade social.

Pode-se perceber a família como um sistema aberto, não rígido, em constante interação como o meio ambiente interno e/ou externo, sobre a qual se erigem conjuntos de códigos (normas de convivências, regras ou acordos relacionais, crenças ou mitos familiares). Estas normas são construídas em função da necessidade de se ler e ordenar a realidade para manter o sistema organizado e estável (NOBRE, 1987, p. 118-119).

Assim, o que se pode notar nesta afirmação é que a família possui grande papel na sociedade de construir a “singularidade” dos indivíduos. Sob sua égide, situações aparentemente conflitantes com a realidade se situam no polo do natural.

Para Bourdieu, a família era considerada uma entidade disfarçada aos olhos sociais, vejamos:

Esse universo sagrado, secreto, de portas fechadas sobre sua intimidade, separado do exterior pela barreira simbólica a soleira, perpetua-se e perpetua sua própria separação, sua *privacy*, como obstáculo ao conhecimento, segredo de relações privadas, salvaguarda dos bastidores (backstage) do domínio privado (BOURDIEU, 1996, p.126).



Tendo em vista os aspectos observados, podemos entender que o referido instituto é capaz de normalizar diversas situações e o casamento infantil é uma delas como veremos posteriormente. Assim, é possível compreendermos que a formação da família contribui para justificar diversas representações sociais, como o “casamento”, analisemos:

[...] a família como categoria social objetiva (estrutura estruturante) é o fundamento da família como categoria social subjetiva (estrutura estruturada), categoria mental que é base de milhares de representações e de ações (**casamentos, por exemplo**) que contribuem para reproduzir a categoria social objetiva. Esse é o círculo de reprodução social. [...] Nada parece mais natural do que a família: essa construção social arbitrária parece situar-se no pólo do natural e do universal (BOURDIEU, 1996, p. 128, grifo nosso).

Como o próprio Bourdieu retratou, a família é tida como “natural e universal”, fazendo com que as práticas realizadas sob sua égide, ainda que violadora de direitos como a união de quem ainda não atingiu a idade núbil com um maior de idade, tornem-se normalizadas pelo meio social.

Orlando Gomes (1988) considera o casamento como uma união de um homem com uma mulher que visam a comunhão de existência e intimidade. Esta seria a relação social regulamentada pelo instituto do casamento.

A forma jurídica do casamento, enquanto instituto do Direito Civil, é “o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher em conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência” (RODRIGUES, 1989, p. 18).

Nestes dois primeiros entendimentos acerca do casamento percebemos que ambos retratam a união de “um homem e uma mulher” para dividirem interesses em comum, tratarem sobre suas relações sexuais e cuidarem dos filhos. Visto tais conceitos, entende-se que eles apenas abarcam o casamento envolvendo indivíduos de sexos diferentes, desta maneira, o Enunciado 601 da VII Jornada do CJF acrescentou que “é existente e válido o casamento entre pessoas do mesmo sexo”. Assim, podemos definir casamento como sendo uma união jurídica conjugal entre duas pessoas com o objetivo de constituir uma família gerando responsabilidades e obrigações.



É de se perceber também que esta formatação vai além de um “contrato”, para a especialista em teoria política Pateman, ao considerar o casamento um contrato, pressupõe-se a ideia do indivíduo como proprietário e tal acordo estabelece o acesso sexual legítimo à propriedade da pessoa, ou seja, a posse sexual em conformidade com a lei (PATEMAN, 1993). Isto posto, para esta autora, o casamento nada mais é do que a regulação do desejo sexual das pessoas ornamentada e garantida pela legislação.

Quanto aos conceitos sobre criança e adolescente, o ECA (lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990), art. 2º, “considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”. Destarte, é preciso salientarmos que a expressão casamento infantil, também pode ser encontrada em algumas publicações como “casamento infanto-juvenil”, justamente por esses casamentos acontecerem na maioria das vezes entre os 12 aos 18 anos dos indivíduos, no entanto, como a maioria dos registros desses casamentos ocorrem antes dos 12 anos de idade, a expressão “casamento infantil” é frequentemente mais utilizada.

Ao trazermos à baila as compreensões sobre os institutos da família e do casamento, bem como as acepções sobre criança e adolescente, torna-se mais fácil o entendimento acerca dos casamentos infantis. O casamento infantil pode ser conceituado como sendo toda e qualquer união conjugal envolvendo pelo menos um cônjuge abaixo dos 18 anos de idade.

No Brasil a prática do casamento infantil é habitual e recorrente, sendo considerado o 4º país no mundo onde acontecem casamentos nas fases da infância e da adolescência, segundo recente relatório elaborado pelo Banco Mundial². Contudo, apesar do elevado número de prevalência deste tipo de casamento, não existem muitas discussões acerca da

²O Banco Mundial lançou relatório em 09/03/2017 intitulado “Fechando a Brecha: Melhorando as Leis de Proteção à Mulher contra a Violência”, realizado em parceria com o Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) e a ONU Mulheres, onde constatou que a cada ano, 15 milhões de meninas em todo o mundo se casam antes de completarem 18 anos. No Brasil, 36% da população feminina se encontra nesta situação. Neste país os números são tão alarmantes que apesar da lei estipular 18 anos como a idade legal para a união matrimonial e permitir a anulação do casamento infantil, o país tem o maior número de casos de casamento infantil da América Latina e o quarto no mundo.



temática no país. O mais relevante estudo feito nesta perspectiva foi a pesquisa **Ela vai no meu barco(2015)**, realizada pelo Instituto Promundo³.

De acordo com uma estimativa, o Brasil ocupa o quarto lugar no mundo em números absolutos de mulheres casadas até a idade de 15 anos, com 877 mil mulheres com idades entre 20 e 24 anos que se casaram até os 15 anos (11%). O Brasil é também o quarto país em números absolutos de meninas casadas com idade inferior a 18: cerca de 3 milhões de mulheres com idades entre 20 e 24 anos casaram antes de 18 anos (36% do total de mulheres casadas nessa mesma faixa etária)⁴.

Mesmo com os números absolutos na realização deste tipo de matrimônio, a problemática do casamento infantil não tem feito parte das políticas públicas do país, que visam proteger e zelar pelos direitos das mulheres e meninas, bem como a igualdade de gênero no país, o que é uma situação grave. Um outro problema que intensifica a situação é a natureza deste tipo de casamento.

Os casamentos infantis no Brasil, podem ser “formais – casamento civil ou religioso” ou “informais – consensuais”, no entanto, os casamentos informais ou consensuais são realizados com maior frequência, conhecidos popularmente pelas expressões “morar junto,

³Promundo é uma organização não governamental que atua em diversos países do mundo buscando promover a igualdade de gênero e a prevenção da violência. A pesquisa em destaque, a primeira do seu tipo no Brasil, explora as atitudes e práticas em torno do casamento na infância e na adolescência no Pará e no Maranhão, os dois estados brasileiros com maior prevalência da prática. Os resultados confirmam a natureza principalmente informal e consensual das uniões envolvendo meninas com menos de 18 anos nos contextos estudados. A análise destaca as formas em que um casamento na infância ou na adolescência pode criar ou exacerbar fatores de risco (isto é, relacionados a saúde, educação e segurança), enquanto muitas vezes é percebido por meninas ou membros da família como possibilidades de estabilidade em contextos de insegurança econômica e oportunidades limitadas.

⁴Porcentagens na faixa etária 20 a 24 da Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher (PNAD) de 2006: pag. 161, Tabela 2: “Idade na primeira união, ” disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/pnds/img/relatorio_final_PNDS2006_04julho2008.pdf (Essas porcentagens são as mesmas usadas em UNICEF, 2014. The State of the World’s Children 2014 In Numbers: Every Child Counts). Fonte de números absolutos usados no ‘ranking’ Statistics and Monitoring Section, Division of Policy and Strategy, UNICEF (2013), feito em Vogelstein, 2013. O cálculo do ‘ranking’ foi baseado em uma população de mulheres entre 20 a 24 anos (2011). Devido à falta de dados disponíveis, o ‘ranking’ exclui a China Bahrein, Irã, Israel, Kuwait, Líbia, Omã, Catar, Arábia Saudita, Tunísia e Emirados Árabes Unidos, entre, outros países. Fonte: Pesquisa Ela Vai no Meu Barco.



amigar ou conviver em união estável”. Deste modo, é nos casamentos consensuais que concentra-se alguns dos principais problemas do tema, como mostra trecho da pesquisa:

Os casais frequentemente se conhecem em circunstâncias informais e ao acaso. De maneira semelhante, os eventos que se seguiram em suas relações – gravidez, casamento – foram descritos como ocorrendo sem muito planejamento. A união é descrita como ocorrendo após um período de cortejo, sexo casual ou namoro. As uniões informais são mais comuns que os casamentos formais quando envolvem meninas e homens adultos, e as cerimônias de casamento são ainda mais raras, embora algumas tenham sido descritas (ELA VAI NO MEU BARCO, 2015. p. 45).

O caráter de “informalidade” faz com que não se tenha controle sobre a prática e, sendo assim, os casamentos informais burlam os preceitos normativos referentes a “capacidade para o casamento” estipulados pelo o Código Civil Brasileiro (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), principalmente os conceitos atinentes ao art. 1.517, referente a autorização dos pais para a concretização do casamento, que define a hipótese legal para sua realização.

Ainda com relação a esta temática, encontramos no art. 1.520, as hipóteses excepcionais onde será permitido o casamento para quem não alcançou a idade núbil, que serão melhor abordadas no tópico subsequente.

4 EXCEÇÕES LEGAIS DO CASAMENTO INFANTIL E REFLEXOS DAS MUDANÇAS DO CÓDIGO PENAL NO DIREITO DE FAMÍLIA

As hipóteses legais que permitem o casamento de quem ainda não atingiu a idade legal, estão dispostas no art. 1.520 do CC, vejamos:

Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.

Assim, como primeira ressalva jurídica teríamos a possibilidade de se “evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ” pela realização do casamento e em um segundo momento teríamos a realização do casamento de um menor pelo simples fato de



ter ocorrido o evento "gravidez". Contudo, se esclarece que este dispositivo sofreu alterações advindas da Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, que alterou e revogou diversos artigos do Código Penal relacionados aos crimes contra os costumes. Os incisos VII e VIII do artigo 107 do Código Penal, que estavam ligados a esta categoria de crimes, também foram revogados.

O que podemos notar é que a revogação desses incisos restringiu o alcance do artigo 1.520 do Código Civil que permitia o casamento entre nubentes que ainda não haviam completado a idade núbil, qual seja, dezesseis anos, desde que tivesse a finalidade de evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez. Com a revogação dos referidos incisos, o casamento entre nubentes antes da idade núbil só será possível em "caso de gravidez" e desde que haja autorização judicial.

Se o casamento da vítima com o agente nos crimes contra os costumes quando praticados mediante violência ou grave ameaça não mais extingue a punibilidade; e, se o casamento da vítima com terceiro nos crimes definidos nos capítulos I, II e III do Título VI da parte especial do Código Penal (quando não há violência ou grave ameaça), também não extingue a punibilidade, a primeira parte do dispositivo referido não possui mais vigência.

O fato é que a segunda parte do artigo 1.520 continua em vigor, ou seja, ainda será possível a realização do casamento de um menor de idade quando na análise do caso concreto o magistrado verificando a ocorrência do evento gravidez autorizar o matrimônio. No entanto, temos um grave problema, principalmente porque ao redigir esta exceção o legislador se esquece de mencionar faixa etária adequada para a realização do casamento por gravidez, o que força da interpretação nos leva a entender a fase em que as meninas podem engravidar, ou seja, a puberdade, que acontece pelos 12 ou 13 anos.

Portanto, com a revogação que se efetivou sob os incisos VII e VIII do artigo 107 do Código Penal, a primeira parte do artigo 1.520 resta-se esvaziada, passando agora somente ser possível o casamento e, por analogia, a união estável, antes dos dezesseis anos, em caso de gravidez e desde que haja autorização judicial.



É importante salientar que a exceção legal vigente mencionada foi escrita no momento onde a lógica patriarcal era dominante, estando a honra familiar acima de tudo e de todos. Portanto, está hipótese para a realização do casamento de uma criança ou um adolescente do sexo feminino revela os meandros da força masculina e de todo seu poderio, principalmente porquedentro da perspectiva dos casamentos infantis, os homens possuem idade superior à das mulheres, sendo as normas sociais mais favoráveis ao gênero masculino.

Esta formatação matrimonial assim sendo acaba por construir uma relação de dominação. Nestes termos, a pesquisa possui como foco o lado feminino da questão, por entender que as mulheres enfrentam uma submissão inerente ao gênero dentro da problemática de estudo.

5 DOMINAÇÃO MASCULINA SOB A ÉGIDE DO CASAMENTO INFANTIL: CONCLUSÕES

Os casamentos infantis, caracterizados por compreenderem união conjugal onde pelo menos um dos polos é menor de 18 anos de idade, traz diversas consequências disseminadas em vários setores da sociedade, como o econômico, o educacional, o social e o familiar. Em suma, percebemos que a realização dessa espécie de casamento, muitas das vezes é motivada por pressões sociais.

O homem deve ter maiores responsabilidades, emprego, escolaridade e prover renda, no passo em que as meninas querem o status de "mulheres adultas" e independência financeira. Tudo isso se reflete nas chamadas "pressões sociais", porque ao realizarem o casamento e a formação da família, percebem que suas expectativas quase nunca irão se concretizar, na realidade aparecem outros graves problemas para lidar piores daqueles que possuíam antes do "morar junto", como preferem intitular.

O casamento infantil não é um problema isolado e isso é o que dificulta o olhar atencioso da entidade estatal sobre a situação, já que persistem em dizer que o não



considera um problema grave. O que insiste em agravar a problemática é justamente a natureza desse tipo de casamento, que na maior parte é “consensual ou informal”. Esta formatação do casamento infantil, não tem autorização legal para a realização, o que é considerado crime, já que não se submetem as normas legislativas que lhe dariam concessão.

Ainda com referência a legislação percebemos que a mesma possui lacunas e ambiguidades que devem ser eliminadas, como a exceção que permite o casamento de quem ainda não atingiu a idade núbil em “caso de gravidez”. Ora, como a exceção não expressa idade certa, a puberdade é tida como parâmetro para tal, o que é um absurdo, já que meninas se desenvolvem mais rapidamente do que os meninos, tendo idade média para tal de 12 anos de idade.

O gênero, dentro desta situação, aparece mais uma vez como estrutura da dominação, sendo relacionado às figuras masculinas e femininas, onde uma delas vive em subordinação a outra. Esta relação dissemina-se diante de uma imposição de poder, que não tem dono nem local para assumir forma, estando, então, espalhado por toda a sociedade.

Destarte, destaca-se aqui no presente estudo, que o primeiro passo para a diminuição da prática dos casamentos infantis concentra-se na “conscientização dos seres sociais”. Para isto, é necessário a junção de esforços do nível municipal ao federal, alavancando as medidas públicas já existentes de proteção aos direitos das crianças, adolescentes e mulheres e criando outras alternativas de controle aos casamentos infantis, principalmente os que são realizados na forma consensual.

Alerta também o trabalho para o devido fortalecimento que deve ter a legislação pertencente ao tema, referente a capacidade para o casamento e as exceções de consentimento do mesmo para quem não alcançou a idade núbil. Legislação esta, no mínimo atrasada para a evolução social e que não acompanha as novas modalidades existentes de formatação de casamento. Ademais, é perceptível a base ideológica da época em que foi criada, onde o modelo patriarcal e androcêntrico era dominante e



considerado como base para o Estado que interferiu principalmente nas normas atinentes ao estado civil dos cidadãos. Neste sentido, o próprio art. 1520 do CC expressa um "*habitus*" que se traduz na força da visão masculina sob a feminina.

Ainda, pede-se atenção dos setores da educação e da saúde. O da educação contribuindo para a disseminação de informações referentes a sexualidade na infância e na adolescência e o da saúde comprometido em práticas de prestação de serviços as crianças e adolescentes facilitando o acesso de informações sobre métodos contraceptivos. No caso de gravidez, cuidados de pré-natal, parto e pós- natal são necessários, evitando práticas como o "aborto" que é considerado ilegal no país.

Em última discussão, fala-se em mudar as normas de gênero existentes no país, e começarmos a olhar para os pequenos formadores de desigualdade de gênero que constituem a avença como um todo, pois, uma vez eliminando as raízes do problema, eliminamos o problema, o que visa incluir também, dentro desta transformação, os meninos e os homens. Mudando aos poucos as normas de gênero impostas pela sociedade, contribuimos para que a mesma não caía na ignorância.

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. Razões práticas: Sobre a teoria da ação. In: Espíritos de Estado: Gênese e Estrutura do Campo Burocrático. **Apêndice: O espírito de família.** Tradução: Mariza Corrêa – Campinas, SP: Papyrus, 1996. cap. 4. p. 124-135.

_____. **A dominação masculina.** Tradução Maria Helena Kühner. – 11°. ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BRASIL. **Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente:** lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, e legislação correlata [recurso eletrônico]. – 9. ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010. 207 p. – (Série legislação; n. 83). Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/camara/estatuto_crianca_adolescente_9ed.pdf>. Acesso em: 25 out. 2017.



BRASIL. **Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito.** 5ª ed. Saraiva. 2009.

MYNAYO, Maria Cecília (org.). **Pesquisa Social:** teoria método e criatividade. 7. ed. Petrópolis – RJ: Vozes, 1997.

NOBRE, L. F. **Terapia familiar: uma visão sistêmica.**In. Py, L A.et all. Grupo sobre grupo. Rio de Janeiro. Rocco, 1987.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de família.** São Paulo: Saraiva, 1989.

SARACENO, Chiara. **Sociologia da família.** Lisboa: Editorial Estampa, 1997.

TAYLOR, Alice; LAURO, Giovanna; SEGUNDO, Marcio; GREENE, Margaret. **“Ela vai no meu barco.”** Casamento na infância e adolescência no Brasil. Resultados de Pesquisa de Método Misto. Rio de Janeiro e Washington DC: Instituto Promundo & Promundo-US. Setembro 2015.





DEMARCAÇÃO DOS TERRITÓRIOS INDÍGENAS:

O CASO RAPOSA SERRA DO SOL

.....
Priscila Mendes da Silva
Maria Lúcia Barbosa
Virginia de Carvalho Leal

1 INTRODUÇÃO

O direito originário as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, assim como o usufruto das mesmas para a sobrevivência digna e continuidade física e cultural de tais povos, é ressaltado pela Constituição Federal Brasileira de 1988. Para a efetividade deste direito, a União tem a incumbência de prestar o devido processo para que tais territórios voltem a ser ocupados por quem é de direito. Estes parâmetros legais, atualmente, são encontrados no decreto lei de número 1.775/96 e serão abordados de forma sucinta e em dinâmica com a importância das demarcações dos territórios tradicionalmente ocupados pelos povos indígenas.

O poder judiciário também tem sua decisiva contribuição para que seja possível o alcance do desfrute dessas terras por parte dos povos indígenas, entretanto, é na ceara do poder judiciário que podemos encontrar variados casos que por hora oscila a favor dos povos indígenas e de um direito coletivo e outrora tem a propriedade privada e interesses econômicos em destaque. Dentre tantos casos, será objeto de estudo o caso Raposa Serra do Sol que possibilita a visualização das afirmações trazidas, pois, apesar do Supremo Tribunal Federal decidido a favor da demarcação da reserva indígena, em contrapartida trouxe a tese do marco temporal da ocupação que encobri as violências resultantes das grilagens dos territórios tradicionalmente ocupados pelos povos indígenas.

Temos por objetivo o enriquecimento das apreciações em torno das demarcações dos territórios Indígenas, trazendo ao conhecimento do leitor, o caminho percorrido para o alcance desse direito originário assim como também a observação do caso Raposa Serra do Sol, o qual foi palco de acirradas discussões no judiciário, levando ao leito a



compreensão da tese do marco temporal e a visualização de que a mesma é uma tentativa por parte do judiciário de solucionar rapidamente uma problemática tão profunda e que engloba uma notória história de massacres e resistência em face dos povos indígenas, que tentaram retornar as terras que possuem vínculos tradicionais.

2 DEMARCAÇÕES DOS TERRITÓRIOS INDÍGENAS

Antes de adentrarmos nos debates relativos ao caso Raposa Serra do Sol, é necessário levar ao entendimento do leitor o devido processo legal das demarcações dos territórios indígenas e da sua importância para garantir a sobrevivência e continuidade da cultura desses povos.

Atualmente estimasse que cerca de 300 povos indígenas, habitam solo brasileiro¹. Na prática cada uma dessas comunidades possuem uma vasta riqueza de cultura, dialeto e crença específica que por vez se assemelham uns com os outros e outrora relevam o quanto multicultural é o Brasil. Tendo conhecimento disso, a Carta Magna de 1988, garante em seu texto constitucional o direito às terras tradicionalmente habitadas por eles, sendo uma tentativa de atingir a preservação e continuidade desses povos e de suas respectivas culturas. Apesar de tão diversificados é válido salientar que todos têm a terra como o âmago de sua sobrevivência e dignidade humana. A forte ligação que os povos indígenas têm com suas terras tradicionalmente ocupadas, ultrapassa a concepção de mero espaço físico e atinge o âmbito da transcendência, podendo ser visualizado através das palavras do líder indígena Adelson Kurá Kanamari²

“A terra somos nós. Quando a terra está forte e sadia, nós estamos fortes. Se a água está doente, todos os peixes, jacarés, adoecem com ela. A mesma coisa acontece com a floresta, o pássaro. É preciso ter respeito pela nossa terra, pela nossa água. Caso contrário, haverá destruição e morte e o ar vai escurecer de fumaça se vocês destruírem nossas florestas. Quando bebemos as bebidas tradicionais, a terra e a água falam com o meu povo. Não são palavras, mas

¹De acordo com dados disponibilizados pela FUNAI

²Liderança Indígena do Povo Kanamari, da Terra Indígena Vale do Javari, Amazonas.



sentimentos que a terra e a água nos transmitem e, aí, nós sabemos quando está tudo bem ou quando vamos ter problemas. Para os brancos, a terra não é nada. É só para enriquecer, para conseguir mais dinheiro, mais casa bonita, mais carro. Nós, os Kanamari, não pensamos assim. A terra é igual nós – nela tem água, nela tem sangue, nela tem seres, os olhos da terra. Tudo, na terra, tem seu valor. Nós somos da terra, ela é nossa mãe. Por isso, é preciso respeitar a terra e todos nós somos responsáveis. Se falharmos, toda a vida morre no planeta. É isso que eu ensino para o meu filho”.(KANAMARI, 2015, p. 1)

O direito a essas terras tradicionalmente ocupadas, é um direito de caráter originário expresso na Constituição Federal de 1988, no Artigo 231 que concede aos índios sua organização social, costumes, crenças e tradições, sendo de responsabilidade da União a realização das demarcações e fiscalizações dos Territórios Indígenas. Podendo também verificar-se no parágrafo 1º, do artigo aludido que há uma ampliação do que se constitui por territórios tradicionalmente ocupados, logo, entende-se que as demarcações terão que observar que o entendimento de território tradicionalmente ocupada vai além de moradias indígenas, mas sim atingi as áreas necessárias para a sustentabilidade do meio ambiente, possibilitando assim a sobrevivência e uma vida digna para tais comunidades Indígenas.

Na atualidade, o processo de demarcação é dado de acordo com o decreto lei de número 1.775/96, constando neste dispositivo legal as etapas necessárias para efetivar legalmente os TIs³. Sucintamente, tais parâmetros consistem em primeiro momento num estudo de identificação, onde um antropólogo nomeado pela FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI), realiza um estudo e arrecada provas periciais que comprovam o vínculo daquele determinado grupo Indígena com aquela terra, após a aprovação do relatório pelo presidente da FUNAI, em 15 dias é publicado no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada correspondente. Após a publicação do relatório, é dado o prazo de 90 dias para contestação de todos os interessados que desejam pleitear indenização ou demonstrar vícios existentes no relatório, após o período aludido, o Ministro da Justiça terá 30 dias para expedir portaria, determinando os limites e a

³TIs é uma abreviatura utilizada referentes aos Territórios Indígenas



demarcação física da área ou prescrever diligências que devem ser cumpridas no prazo de 90 dias, ou ainda, desaprovar a publicação, fundamentando sua decisão de acordo com os ditames previstos na Constituição Brasileira. Por fim o procedimento de demarcação deve ser homologado pelo Presidente da República. Conseqüentemente sendo possível a demarcação física dos Territórios Indígenas.

Apesar de tais demarcações serem um direito originário garantido pela norma suprema do ordenamento jurídico, sendo de total importância e demandando certa urgência para a sobrevivência e desenvolvimento digno de tais comunidades indígenas, estes processos têm sido demasiadamente vagarosos, refletindo a falta de interesse por parte da União em realizar as demarcações e também mostra os conflitos em face dos processos demarcatórios, visto que alguns estados como por exemplo o Estado de Roraima que no caso raposa serra do sol, o qual será ademais analisado e debatido, levantou-se em contrário as demarcações do território indígena. Toda esta disputa, na maioria das vezes, torna-se prejudicial aos povos indígenas, visto que os mesmos não estão conseguindo viver em suas terras, ainda que depois de terem resistido a séculos de massacres continuam a sofrer hostilidades.

3 ANÁLISE DO CASO RAPOSA SERRA DO SOL

Em matéria de demarcações dos territórios indígenas, o caso Raposa Serra do Sol, teve uma grande relevância para o judiciário, visto que o mesmo se tratava de um discurso sobre os limites definidos pela Portaria nº 534/2005, editada pelo Ministro da Justiça e homologada pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva em 15 de abril de 2005. Este dispositivo foi criado após anos de tentativas sem sucesso dos órgãos responsáveis pelos interesses dos povos indígenas, que através de estudos antropológicos e historiográficos tentavam demarcar e devolver em sua totalidade as terras que originalmente pertenciam aos povos indígenas.

Ademais, os arroteiros e o Estado roraimense levaram à suprema corte brasileira diversas ações, pleiteando contra a portaria de nº 534/2005, uma vez que a mesma em



seus recursos legais garantia concessão daposse permanente dos grupos indígenas Ingarikó, Makuxi, Taurepang e Wapixana sobre a Terra Indígena denominada Raposa Serra do Sol no estado de Roraima. Conseqüentemente, tal decisão era conflitante com os interesses dos não-índios que transformaram partes de tal reserva indígena em meio de produção econômica particular.

Ao analisarmos alguns dispositivos trazidos pela portaria de nº 534/2005, podemos ter uma melhor visualização das problemáticas abordadas na petição de número 3.388. Exemplificando, os dispositivos de mais relevância para os povos indígenas são encontrados no art. 1º que garante a posse permanente dos grupos indígenas Ingarikó, Makuxi, Taurepang e Wapixana sobre a Terra Indígena denominada Raposa Serra do Sol e o artº 5 da portaria que contém a seguinte afirmação:

Art. 5º É proibido o ingresso, o trânsito e a permanência de pessoas ou grupos de não-índios dentro do perímetro ora especificado, ressalvadas a presença e a ação de autoridades federais, bem como a de particulares especialmente autorizados, desde que sua atividade não seja nociva, inconveniente ou danosa à vida, aos bens e ao processo de assistência aos índios. (CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA, 1988)

Logo após a sua publicação, a portaria culminou em várias tentativas de impugnar o ato demarcatório, por parte de fazendeiros que entraram com petição de suspensão do processo de demarcação e revogavam pelas suas terras localizadas na reserva indígena, atrasando o andamento de pagamentos pelas benfeitorias e a desocupação da área pelos não índios, assim como também pelo governo do Estado de Roraima que apresentou recorrentes argumentos contra aludido processo.

Iniciando um cenário de conflitos bastantes instáveis no Supremo Tribunal Federal, quando por hora o STF derrubava liminar que garantia a permanência de algumas empresas agrícolas na reserva, ademais, o STF ajuizava a ação cautelar que o Estado de Roraima tinha deferido contra União e a FUNAI e assim por diante a Suprema Corte Brasileira deparou-se com um cenário de cálidos debates que começaram a ganhar espaço na opinião pública.



Por conseguinte, oriundos destes conflitos é pertinente a observação dos argumentos utilizados pelos partidários contra a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, pois, os mesmos traziam objeções tanto relevantes quanto contundentes. Umadas preocupações levadas ao tribunal, era em diz respeito a perda da soberania nacional, pois salientavam que havia um certo perigo devido ao amplo acesso da ONGs internacionais e a impossibilidade de acesso dos militares na região que se fazia fronteira com os países da Venezuela e Guina, contudo, é precavido que as instituições de defesa do Estado têm liberdade para tomar as medidas cabíveis para cuidar das fronteiras, assim como também consta no art 4º, inciso I, da portaria supracitada que afirma não fazer parte da área da TI Raposa Serra do Sol, a "a área do 6º Pelotão Especial de Fronteira (6º PEF), no Município de Uiramutã, Estado de Roraima"(.....) no que diz respeito as ONGs internacionais, por certo onde quer que elas estejam, a soberania nacional será inábil, visto que elas estabeleceram-se em determinados locais com a permissão do Estado, então cabe a ele fiscalizá-las, o que não cabe é o direito originário dos povos indígenas serem tolhidos por ineficiência das mesmas.

O ministro Marco Aurélio Mello, também assumiu uma posição contrária a demarcação, em seu voto. Um de seus argumentos manifestava a sua apreensão no tocante ao enfraquecimento da economia do Estado de Roraima, em razão de a reserva tem proporção de 1,7 milhão de hectares, o que na sua opinião afetaria de certa forma a economia do país. O eminente ministro deixou clara suas objeções quando falou que

"Sou favorável à demarcação correta. E esta somente pode ser a resultante de um devido processo legal, mostrando-se imprópria a prevalência, a ferro e fogo, da óptica do resgate de dívida histórica, simplesmente histórica – e romântica, portanto, considerado o fato de o Brasil, em algum momento, haver sido habitado exclusivamente por índios. Os dados econômicos apresentados demonstram a importância da área para a economia do Estado, a relevância da presença dos fazendeiros na região."(AURÉLIO, 2009, *Apud*, Haidar Rodrigo)

A fala citada do Ministro Marco Aurélio, traz à tona um debate o qual põe em pauta os direitos dos povos indígenas as suas terras tradicionalmente ocupadas, direitos esses que são inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis, como expressos na Constituição,



entretanto, são ameaçados quando postos em face dos interesses econômicos de determinada região. Análogo às pretensões do ministro Marco Aurélio, no caso *Guyarároka*⁴ o Min. Gilmar Mendes demonstrou preocupação com a produtividade agrícola na região do Mato Grosso do Sul, enquanto ministro Ricardo Lewandowski tentava para a violência decorrente da questão fundiária no centro-oeste, podendo ser bem visualizada em um trecho do seu voto final:

“Nós sabemos que o que está havendo, hoje, em todo o Brasil, lamentavelmente, é um novo genocídio de indígenas, em várias partes do país, em que os fazendeiros, criminosamente, ocupam terras que eram dos índios, e posse dos índios, os expulsam manu militari, e depois os expedientes jurídicos, os mais diversos - depois de esgotados os expedientes, evidentemente, ilegais e até criminosos -, acabam postergando o cumprimento desse importante dispositivo constitucional.” (LEWANDOWSKI, 2014, p. 30)

Por fim, o Supremo Tribunal Federal, decidiu a partir do voto de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, pelo reconhecimento da legalidade do processo administrativo da demarcação contínua⁶ da Terra Raposa Serra do Sol. Não compreendendo o relator que o processo demarcatório culmina em qualquer violação à soberania nacional ou segurança territorial. Afastando também interpretação de violação ao princípio federativo e ao desenvolvimento nacional, pois o mesmo “Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada”. (BRITTO, Ayres, 2010) tencionando em contrário aos argumentos apresentados pelo Estado de Roraima e os proprietários de atividades agrícolas na região.

Em contrapartida, foi através dessa decisão que o Min. Ayres Britto aplicou critérios que excedem o próprio texto constitucional no tocante as terras tradicionalmente

⁴ Para uma melhor visualização do Caso *Guyarároka*, indicamos a leitura do seguinte: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Ordinário em Madado de Segurança. 29.087. Relatório do Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 16.09.2014.



ocupadas pelos indígenas. Este parâmetro consiste na tese do marco temporal da ocupação, isto é, consideram-se territórios tradicionalmente indígenas aqueles que estavam sendo efetivamente ocupados na data da promulgação da Constituição (05 de outubro de 1988) e não aquelas terras que venham a serem ocupadas nem tão pouco as que ocupavam anteriormente e por diversos motivos não estavam a ocupar na data da promulgação.

Ao analisarmos criticamente a tese do marco temporal da ocupação, perceberemos nesta possibilidade jurídica uma forma hostil de reduzir as demarcações, fazendo com que um marco cronológico sobressaia a direitos originais e essenciais para a sobrevivência tanto física quanto cultural dos povos indígenas. A própria constituinte de 1988, não estabeleceu tamanho parâmetro, em contrapartida, em seus dispositivos legais incumbe ao Estado a tarefa de demarcar as terras tradicionalmente indígenas, proteger e fazer respeitar os seus bens. Como podemos observar também no Art. 231, inciso primeiro, da Constituição Federal, as seguintes afirmações:

São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, 1988)

Como já anteriormente visto, a constituinte de 1988, tentou alcançar maiores garantias para a sobrevivência dos povos indígenas, deixando notório através dos textos constitucionais que a qualidade de vida desses povos esta interligada ao seu acesso e usufruto de suas terras tradicionais. Quando o Poder Judiciário surgiu com essa a tese do marco temporal da ocupação, afeta a qualidade de vida desses povos e traz uma nova forma de anistiar uma grilagem das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, pois ao observarmos a trajetória de luta e resistência dos povos indígenas, concluímos que esses povos não estavam em seus territórios tradicionais, pois foram submetidos a políticas de remoção de seus territórios, de massacres, mortes e até mesmo



submeteram-se prisões especiais como a krenak⁵ que impactou de forma negativa na cultura e no modo de vida de algumas comunidades indígenas. Assim como avalia o José Luís Kassupá⁶ no tocante a temática citada:

“O marco temporal viola nossos direitos originários. É um mecanismo para que o Estado brasileiro não cumpra com o seu dever de fazer a reparação dos danos causados aos povos indígenas”.

4 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou a análise de algumas questões que giram em torno das demarcações dos territórios indígenas. Inicialmente compreendemos a importância das demarcações de tais territórios, visto que a ligação dos povos indígenas com suas respectivas terras, é uma ligação de total dependência, a ponto que a inércia e a procrastinação da União em demarcar tais territórios, afeta de forma drástica na qualidade de vida desses povos e na própria sobrevivência física e cultural deles.

Também foi possível analisar o caso Raposa Serra do Sol e perceber que o judiciário teve a decisiva palavra que pode ser favorável à demarcação, entretanto trouxe um novo parâmetro que sobressai aos ditames encontrados no texto constitucional, no tocando as demarcações dos TIs. Tal análise do caso também possibilitou uma visualização das disputas em torno da terra Serra do Sol que salientava uma dicotomia onde os direitos originários a terras tradicionalmente ocupada pelos povos era posto em conflito com os direitos de propriedades privadas e de interesses econômicos, tanto por parte do Estado de Roraima quanto por parte dos proprietários de atividades agrícolas que seriam afetados financeiramente. Além disso, também percebemos que através do voto do min. Relator

⁵ O reformatório Krenak, foi criado pelo Governo Militar, no ano de 1969, na terra da etnia Krenak. Tinha por objetivo receber indígenas criminosos ou considerados de mau comportamento, durou até 1972.

⁶ Liderança Indígena de Rondônia e coordenador executivo dos Povos Indígenas de Rondônia, Noroeste do Mato Grosso do Sul e Sul do Amazonas (Opiroma).



Ayres Britto, surgiu uma nova concepção que ultrapassava os ditames encontrados no texto constitucional e interfere de forma hostil na historicidade e qualidade de vida dos povos indígenas. Posto que estabelecer um marco cronológico para simplificar o que se entende por território tradicionalmente ocupado, é ignorar o vínculo histórico e as forçadas retiradas em massa desses povos de suas respectivas terras.

É necessário que o meio acadêmico esteja mais familiarizado com os processos legais que decorrem em face das demarcações dos territórios tradicionalmente indígenas, pois tais comunidades se deparam com a inércia por parte do Estado e outrora a fragmentação de tais direitos fundamentais para a sobrevivência desses povos.

REFERÊNCIAS

PORAMTIM. **Direito originário à terra.** Disponível em: <http://www.cimi.org.br/pub/ENCARTEPorantim375.pdf> > Acesso em: 13 nov. 2017.

POVOS INDÍGENAS NO BRASIL. *Como é feita a demarcação hoje.* Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/c/terras-indigenas/demarcacoes/como-e-feita-a-demarcacao-hoje> > Acesso em: 13 nov. 2017

Haidar, Rodriguês. *Marco Aurélio vota para anular demarcação das terras.* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-mar-18/marco-aurelio-vota-anulacao-demarcacao-raposa-serra-sol> > Acesso em: 18 nov. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança** 29.087. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6937880> > Acesso em: 18 nov. 2017.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Decreto lei de n ° 1.775.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/dnn/dnn10495.htm Acesso: 14 nov. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pet 3.388, **rel. min. Ayres Britto**, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=281> > Acesso em: 14 nov. 2017

MIOTTO, Thiago. **Indígenas fazem ato em frete ao STF contra Marco Temporal.** Disponível em: <https://mobilizacaonacionalindigena.wordpress.com/2017/08/04/indigenas-fazem-ato-em-frente-ao-stf-contra-marco-temporal/> > Acesso em: 19 nov. 2017





DIREITO DE PROPRIEDADE COLETIVA DOS POVOS TRADICIONAIS:

O CASO XUKURU E OS DESAFIOS DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA JUSTIÇA BRASILEIRA

.....
Breno Assis de Andrade¹

João Augusto Maranhão de Queiroz Figueiredo²

Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega³

1 INTRODUÇÃO⁴

Em 26 de Abril de 2016 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos levou ao conhecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, através do Relatório 12.728, o caso Povo Xukuru vs. Brasil. É o primeiro caso em matéria indígena a ser julgado contra o Brasil, dizendo respeito ao longo processo de delimitação, demarcação e titulação das terras do povo Xukuru. O julgamento, que é o ponto culminante de uma longa luta do povo Xukuru pela terra e pela garantia de seus direitos, está sendo ansiosamente aguardado por aqueles que lidam com a causa indígena no Brasil. Não é à toa: tem um enorme potencial do ponto de vista do controle de convencionalidade.

O presente artigo tem por objetivo analisar os precedentes da Corte Interamericana naquela matéria que diz respeito diretamente ao caso do povo Xukuru, desnudando, assim, qual a extensão da proteção já conferida pela referida Corte à propriedade

¹ Estudante de graduação do curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, extensionista do projeto de Pesquisa-ação "Acesso ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos" da UFPE.

² Estudante de graduação do curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, bolsista do projeto de Pesquisa-ação "Acesso ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos" da UFPE – Edital PIBEXc Temático 2017.

³ Professora de Teoria Política e do Estado da Faculdade de Direito do Recife - Universidade Federal de Pernambuco. Doutora em Direito pela UFPE, com período sanduíche na Bucerius Law School – Hamburg. Mestre em Direito. Mestre em Ciência Política. Coordenadora do Projeto de extensão universitária e pesquisa-ação "Acesso ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos", aprovado pelo Edital PIBEXc Temático 2017 da UFPE (Sigroj/MEC).

⁴ Pesquisa financiada pelo Edital PIBEXc Temático 2017 da UFPE.



tradicional, e em que medida essa proteção estabelece uma obrigação às altas partes contratantes de proteger dita propriedade. Procuramos destrinchar, assim, qual o impacto que uma decisão da Corte no caso Povo Xukuru vs. Brasil pode ter sobre o Brasil, que obrigações podem de um tal julgamento advir, e que possibilidades essas obrigações, agora explicitamente dirigidas para o Brasil, podem gerar do ponto de vista do Controle de Convencionalidade e do Litígio Estratégico.

Controle de Convencionalidade, aqui, significa a retirada de eficácia de normas internas contrárias a convenções internacionais de direitos humanos, feita por um juiz local. Litígio Estratégico significa “aquele litígio de interesse público feito com o objetivo de expurgar ou mudar estruturas indesejadas numa sociedade, a partir de *leading cases* cujo impacto possa extrapolar a mera obtenção de uma reparação *inter partes*” (CARDOSO, 2012).

Nossa pesquisa tem por base o relatório de AmicusCuriae elaborado pelo Projeto de Extensão “Acesso ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos” para o caso Povo Xukuruvs Brasil, que se apoia análise de decisões da Corte Interamericana para propor o controle de convencionalidade da legislação brasileira. Foram analisadas, além dos precedentes do Sistema Interamericano, outros tratados e outras fontes do direito internacional. Igualmente, recorreremos ao Caderno de Jurisprudência da Corte Interamericana nº 11, sobre a temática indígena, pois esse representa uma compilação dos trechos de fontes primárias que a Corte considera mais importantes. São representativos, portanto, daquilo que a Corte considera elementar em suas decisões.

A primeira seção usará da Revisão Periódica Universal das Nações Unidas como forma de estabelecer a relevância e a atualidade do tema. A segunda seção terá por objetivo estabelecer os fatos do caso do Povo Xukuru. A terceira seção, por sua vez, analisará o arcabouço legal usado pela Corte Interamericana para proteger os direitos dos povos originários quanto à propriedade coletiva, e à preservação de suas relações tradicionais com o território ancestral. Por fim, a quarta seção desnudará o conteúdo exato da proteção concedida à relação tradicional com o território, e como melhor defini-la.



Chegaremos, então, a guisa de conclusão, nas possibilidades que o caso abrirá para o Litígio Estratégico e o Controle de Convencionalidade no Brasil.

2 A RELEVÂNCIA E ATUALIDADE DO TEMA, DEMONSTRADAS PELA REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL

Quando se trata da temática indígena, é comum que a relevância e atualidade do tema sejam questionadas, em especial porque, no Brasil, ainda se tem a impressão que a presença indígena não passa de um «vestígio» do passado. A Revisão Periódica Universal, principal mecanismo político das Nações Unidas para o controle do cumprimento de obrigações em direitos humanos está aí para provar o contrário. Nessa seção, analisaremos algumas das recomendações feitas nas três últimas RPU's (2008, 2012 e 2017), como forma de mostrar a atualidade, persistência e relevância política dos problemas nelas tratados, em especial quanto à temática indígena.

A Revisão de Periódica Universal em 2008 contou com 15 recomendações, e propôs ao Brasil que efetivasse políticas com maior peculiaridade aos povos indígenas. Países como a Nigéria, Reino Unido e Coreia do Sul, recomendaram que o governo brasileiro observasse com atenção as violações dos direitos humanos dos povos indígenas, assim como a violência rotineiramente cometida contra esses povos.

No segundo ciclo, o número de questionamentos aumentou de maneira expressiva, subindo para 170. Quanto à questão indígena, inúmeros países discorreram sobre os problemas referentes às demarcações de terras indígenas, bem como a continuação das violações aos direitos humanos dos nossos povos originários. O número de violações aos direitos dos povos indígenas não só aumentou como apresentou os mesmos problemas relatados no 1º ciclo, o que é um forte indício de omissão por parte do governo brasileiro quanto à situação dos povos indígenas. Multiplicaram-se as observações e recomendações feitas pelos países, podendo ser elencado o pedido de países como Cabo Verde, Reino Unido e a Suíça de que o governo brasileiro dê especial atenção à proteção dos direitos



humanos dos povos indígenas. Essa medida ressalta o não cumprimento das orientações dadas pela Coréia do Sul e a Nigéria no 1º ciclo. Dentre essas, destaca-se a proteção aos defensores de direitos dos povos indígenas (muitos deles lideranças entre seus pares) e dos que trabalham com os mesmos. Frisamos as orientações da Holanda e da Turquia, que argumentam em prol da necessidade de decisões quanto a direitos indígenas sejam tomadas somente após consulta aos povos, devendo realizada em respeito à Convenção 169 da OIT, da qual o Brasil é signatário. Por fim, a Polônia ressalta sua preocupação com os projetos de hidrelétricas e os impulsos econômicos, que acabam por alienar esses grupos de sua relação histórica com as próprias terras e, assim, desrespeitam seus direitos conquistados.

O terceiro ciclo da Revisão Periódica Universal, realizado em 2017, por sua vez, teve 246 recomendações, umas aprofundando certo pontos, outras simplesmente reiterando mais alguns. Destacamos alguns pontos especialmente representativos da problemática a ser tratada no presente artigo:

1) Áustria: “Estabelecer um mecanismo para permitir a rápida e correta de decisões judiciais sob a estrita observância de constitucional e direito internacional no que respeita aos direitos territoriais dos povos indígenas”

2) Canadá: “Garantia dos direitos constitucionais dos povos indígenas, inclusive garantindo a Fundação Nacional do índio os recursos necessários para realizar seu trabalho, particularmente relacionados com a demarcação das terras indígenas e tomar medidas para concluir investigações sobre todos os assassinatos dos povos indígenas”

3) Suíça: “Adotar um plano eficaz de ação para a demarcação da terra indígena terras e fornecer os recursos financeiros necessários para garantir uma política eficaz para a proteção dos direitos dos povos indígenas e para evitar conflitos sobre terras”

Esses pontos ressaltam o quão problemática é a questão do direito indígena no Brasil, em especial quanto à demarcação de terras. A permanência de muitos pontos de recomendação ao longo dos 3 ciclos mostra que a situação dos povos indígenas, ao longo dos ciclos de RPU, não tem melhorado significativamente. As violações brasileiras



permanecem, portanto, relevantes aos olhos da comunidade internacional, o que deveria, no mínimo, levar-nos a considerá-las com igual seriedade.

3 OS FATOS DO CASO POVO XUKURU VS. BRASIL

Antes de adentrarmos nos fatos do caso, um esclarecimento: não nos cabe, aqui, fazer um recorrido completo da história desse povo. Para isso, seria necessário, com certeza, um livro inteiro, como de fato muitos há (FERREIRA; BRASILEIRO; FIALHO, 2011). Dada essa complexidade, iremos nos reter a uma breve exposição dos fatos mais importantes para uma possível decisão da Corte.

Os registros de presença do Povo Xukuru em seu atual território, situado entre os municípios de Pesqueira e Poção (Pernambuco/ Brasil) são bastante antigos. A terra é localizada a aproximadamente 200KM de Recife, capital de Pernambuco, numa área semi-árida. O Povo já ocupava as terras antes da chegada do colonizador português, num espaço, aliás, bastante maior do que o ocupado hoje. Foram a política de aldeamentos levada a cabo pelo colonizador (e posteriormente, o Estado brasileiro) e a violência expropriatória ligada a conflitos agrários que os empurram para o território atual.

O modelo de produção na região é predominantemente latifundiário, com grandes propriedades que adentravam a terra reivindicada pelos Xukuru. As propriedades eram detidas por famílias «tradicionais» de Pernambuco: em outras palavras, famílias que detinham (e detém) poder político e econômico. A pressão exercida por essas propriedades fez com que, em um certo ponto de sua história, os Xukuru ocupassem apenas 12% do território que, então, reconheciam como seu.

É um caso que é reconhecido há muito tempo pelo Sistema Interamericano como representativo do contexto brasileiro. Foi citado, inclusive, num relatório de 1997 da Comissão Interamericana: essa afirmaria que o caso do Povo «Xukuru do Orugaba» (sic) exemplificava muito bem as dificuldades que enfrentavam os indígenas para obter a demarcação de suas terras, nominalmente, as dificuldades legais para obter o despejo de



invasores de terras reivindicadas. Foi essa dificuldade em obter o despejo, juntamente com a inadequação e ineficácia do processo administrativo de demarcação das terras que forçaram o Povo, em 2002, a levar o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2015).

De fato, a legislação infraconstitucional brasileira sobre o assunto é pouco favorável aos povos indígenas. O procedimento de demarcação é complexo (algumas ONGs atuantes no assunto chegam a dividi-lo em sete fases), possui prazos impróprios definidos para os órgãos públicos, e abre em diversas fases a possibilidade de contestação administrativa ou judicial por parte dos possíveis invasores.

A Constituição Federal de 1988, contudo, também apresenta um direito indigenista que pode ser considerado complicadas do ponto de vista do direito internacional, especialmente no que diz respeito à propriedade das terras indígenas. Sua principal disposição, o art. 231, §2 envolve a propriedade das terras indígenas: coloca que aos indígenas cabe o seu usufruto perpétuo, sendo a propriedade da União, ou seja, do estado brasileiro. (BRASIL, 1988) Essa disposição chegou a ser levada à Corte, e embora seja fruto do poder constituinte originário brasileiro, será provavelmente alvo de controle de convencionalidade, como restará demonstrado na Conclusão deste artigo.

4 AS REGRAS E STANDARDS APLICÁVEIS AO CASO DO POVO XUKURÚ

A Convenção Americana de Direitos Humanos possui vários artigos que, em precedentes da Corte, seriam associados à proteção do direito de propriedade coletiva indígena. O mais frequentemente mencionado, e o mais claramente relacionado é o artigo 21, que trata do direito à propriedade. A Corte o cita desde a primeira decisão na matéria,



Comunidade AwasTingni vs. Nicaragua, em 2001, e o citou em todas as outras decisões relacionadas desde então.⁵

Ressalte-se, contudo, que o artigo 21 não é o único mencionado na jurisprudência da Corte. O artigo 25 também é bastante citado, já que garante o acesso a recurso adequado e efetivo perante instâncias internas.⁶ Será usado, pela Corte, então, como forma de analisar a qualidade da prestação de Justiça pelo Estado.⁷

Existem, também outros tratados frequentemente aplicados pela Corte Interamericana para esclarecer obrigações contidas na Convenção Americana, através do princípio *pro homine*, contido no artigo 29 da mesma Convenção.⁸ Esse princípio veda que

⁵ Leia-se: em todas essas sentenças *de mérito*, em algum ponto, a Corte analisaria violações ao artigo 21 da Convenção Americana. São eles: Comunidade AwasTingni vs. Nicarágua, parágrafos 142 a 155; Comunidade Moiwana vs. Suriname, parágrafos 127 a 135; Comunidade Indígena YakyeAxa vs. Paraguai, parágrafos 123 a 156; Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai, parágrafos 116 a 144; Povo Saramaka vs. Suriname, parágrafos 87 a 158; Comunidade Indígena XákmokKásek vs. Paraguai, parágrafos 85 a 182; Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador, parágrafos 145 a 232; Comunidades Afrodescendentes Deslocadas da Várzea do Rio Cacarica (Operação Gênese) vs. Colômbia, parágrafos 344 a 358; Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus Membros vs. Panamá, parágrafos 107 a 160; Comunidade Garífuna de PuntaPiedra e seus Membros vs. Honduras, parágrafos 159 a 244; Comunidade Garífuna Trunfo de la Cruz e seus Membros vs. Honduras, parágrafos 91 a 200; Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname, parágrafos 115 a 230.

⁶Comunidade AwasTingni vs. Nicarágua, parágrafos 104 a 139; Comunidade Moiwana vs. Suriname, parágrafos 136 a 167; Comunidade Indígena YakyeAxa vs. Paraguai, parágrafos 52 a 119; Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai, parágrafos 74 a 112; Povo Saramaka vs. Suriname, parágrafos 176 a 185; Comunidade Indígena XákmokKásek vs. Paraguai, parágrafos 122 a 170; Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador, parágrafos 255 a 278; Comunidades Afrodescendentes Deslocadas da Várzea do Rio Cacarica (Operação Gênese) vs. Colômbia, parágrafos 359 a 410; Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus Membros vs. Panamá, parágrafos 161 a 198; Comunidade Garífuna de PuntaPiedra e seus Membros vs. Honduras, parágrafos 225 a 256; Comunidade Garífuna Trunfo de la Cruz e seus Membros vs. Honduras, parágrafos 215 a 253; Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname, parágrafos 231 a 268.

⁷ Ou seja, adequação e eficácia dos recursos internos, como identificados e nos termos do caso Kichwa de Sarayaku vs. Equador, parágrafo 263. Quanto à eficácia, ressaltamos a importância prática de que se reveste um de seus critérios, a duração razoável do processo. Os indicativos para qualificar a duração de um processo como razoável são: a) a complexidade do caso; b) a atividade processual dos interessados; c) o grau de diligência das autoridades; d) o grau de vulnerabilidade jurídica dos petionários. Esses critérios já são antigos à jurisprudência da Corte, e foram aplicados da forma mais completa quanto a um povo indígena no seu caso mais recente sobre propriedade tradicional, dos Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname, parágrafo 251.

⁸O princípio seria invocado em todos os casos a partir de Comunidade Mayagna (Sumo) AwasTingni, em que foi aplicado nos parágrafos 147 e 148 como forma de utilizar, a nível de interpretação, da convenção 169 da OIT.



a Convenção Americana seja usada para fazer recuar direitos e padrões de proteção já reconhecidos pelo país signatário em outros tratados, legislação interna ou mesmo declarações.

Um desses tratados é a Convenção 169 da OIT, que protege, justamente, os direitos de povos originários. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989). A Convenção é de aplicação frequente e extremamente importante pela Corte, pois o Sistema Interamericano carece de provisões obrigatórias que tratem especificamente da temática indígena – é através da interpretação que se estende o alcance da proteção aos povos indígenas.

Já no caso Povo Saramaka vs. Suriname, a Corte usaria do Artigo 29.b da Convenção para invocar outros dois tratados, novamente a nível hermenêutico, o Pacto Internacional pelos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional pelos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos ratificados pelo Suriname. A Corte logrou, através desses pactos e de Comentários Gerais emitidos pelo Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, assegurar um nível de proteção semelhante àquele da Convenção 169 da OIT, mesmo que o Estado de Suriname não tenha assinado tal tratado.⁹

5 O CONTEÚDO DA PROTEÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

A. A Proteção Independe de Título, mas dá Direito a Delimitação, Demarcação e Titulação.

Primeiramente, é preciso deixar claro que a proteção concedida à propriedade tradicional independe de qualquer titulação formal por parte do Estado. A origem do direito não é o título concedido pelo Estado, mas a ocupação tradicional do território, a relação tradicional de produção que tem íntima relação com a sobrevivência física e cultural, bem como as normas consuetudinárias de posse e ocupação dos povos

⁹Povo Saramaka vs. Suriname, parágrafo 93.



originários, que devem ser respeitadas pelo Estado. Extrai-se essa prescrição desde o primeiro caso analisado, Comunidade Mayagna (Sumo) AwasTingni vs. Nicarágua.¹⁰

Igualmente, em outro caso marcante sobre o assunto, Comunidade Moiwana vs. Suriname, em que a Corte decidiu que, mesmo que o Estado seja, pelo direito interno, considerado proprietário da terra, a propriedade tradicional indígena preexiste àquela do Estado, dispensando a existência de título legal para sua caracterização.¹¹ É uma obrigação que repete, também, em precedentes mais recentes do tribunal, como no caso Comunidade Indígena XákmokKásek vs. Paraguai¹²

Mesmo assim, a comunidade tem direito à delimitação, demarcação e titulação de seu território. Essas prestações do Estado terão um caráter declaratório, probatório, jamais constitutivo.¹³ Essa obrigação de delimitar, demarcar e titular, aliás, é acompanhada de uma obrigação de abster-se, antes mesmo da delimitação, de qualquer ato que possa ameaçar os direitos da comunidade, em extensão ou intensão.¹⁴

Ainda quanto à obrigação de delimitar, demarcar e titular, ressaltamos que essa obrigação está impregnada por um forte conteúdo de devido processo legal. De fato, é impossível imaginar um processo de demarcação efetivo aonde inexistente um recurso apropriado e eficaz perante autoridades administrativas ou judiciais.¹⁵ A obrigação de titular implica, dentre as suas várias obrigações de garantir, o dever de instaurar um processo capaz de fazê-lo em tempo ágil e previsível, e de lográ-lo de forma

¹⁰Parágrafo 151.

¹¹Parágrafos 130 e 131

¹²Vide o parágrafo 109, no qual a Corte explicitará as obrigações que cabem ao Estado em matéria de delimitação, demarcação e titulação.

¹³Merece destaque, aqui, o parágrafo 133 da decisão Povos Kalinã e Lokono vs. Suriname.

¹⁴Tal como desenhado no caso Comunidade Mayagna (Sumo) AwasTingni vs. Nicarágua, parágrafo 153.

¹⁵A Corte estabelece o quão indispensável é a garantia de recursos efetivos no caso da Comunidade YakyeAxa vs. Paraguai, parágrafo 96.



compreensiva.¹⁶ A Corte já delimitou alguns critérios para determinar a ineficácia de um recursos.

B. Proteção contra Separação Forçada, Inclusive contra Terceiros de Boa-fé.

A referida proteção que permanece válida, inclusive, diante da despossessão territorial. Caso os indígenas sejam, contra sua vontade, expulsos da terra que ocupavam, não perdem o direito à propriedade, a não ser que suas terras tenham sido ocupadas por terceiros de boa-fé, caso em que terão direito a reavê-las.¹⁷ Desde que se prove que as terras eram ancestrais, e que os indígenas com elas ainda mantêm um liame de ancestralidade, o direito à propriedade não caduca.¹⁸

Quanto à ocupação por terceiros de boa-fé, como já foi dito, considera-se que a propriedade ancestral foi perdida, mas que os indígenas têm o direito de reavê-la, salvo em casos nos quais a devolução seja impossível.¹⁹ Não se trata de uma restrição injustificada à propriedade de terceiros: de fato, considera-se que ambos os direitos à propriedade são igualmente válidos, e que, como em qualquer caso de colisão de direitos, é preciso submetê-los a um teste para determinar a extensão da limitação a cada um.

¹⁶ Mais recentemente, o caso *Comunidade Triunfo de la Cruz vs. Honduras*, parágrafo 228 ressalta também a importância de esses recursos tomarem em conta as particularidades dos povos indígenas e tribais, sua particular situação de vulnerabilidade social, econômica e jurídica, além de seus usos, costumes, valores e direito consuetudinário. A sentença também afirma o direito a um recurso eficaz para sanear o território e garanti-lo contra violações de terceiros. Vide os parágrafos 241 a 251.

¹⁷ Isso é admitido desde o caso da *Comunidade Moiwana vs. Suriname*, no qual uma comunidade tradicional africana havia sido forçosamente deslocada de suas terras pelo governo do Suriname. Vide os parágrafos 127 a 135.

¹⁸ Do caso da *Comunidade Sawhoyamaya vs. Paraguai*, parágrafo 131.

¹⁹ A Corte tratou disso pela primeira vez no caso da *Comunidade Indígena YakyeAxa vs. Paraguai*, parágrafo 144. No caso, estabeleceu que o determinaria a possibilidade de recuperação das terras seria a metodologia de análise em colisões de direitos, já que ambos o particular e a comunidade indígena possuem igual direito à terra. Os requisitos seriam a legalidade, legitimidade, necessidade e proporcionalidade da restrição de direitos. A Corte repetiria essa análise em outros casos mais recentes, como no caso dos povos *Kaliña e Lokono vs. Suriname*, parágrafo 155. Aqui, a Corte explicita ainda que qualquer restrição ao direito da comunidade indígena à propriedade tradicional não deve significar a denegação de sua identidade enquanto povo.



A proteção, portanto geralmente se estenderá mesmo a terras ocupadas por terceiros de boa-fé, por um imperativo de proporcionalidade.

C. Proteção que, pelas Características e Ditames da Corte, é *Propriedades*

Por fim, algumas palavras quanto à classificação do regime que exige o artigo 21 à propriedade indígena. Como deixa intuir a própria nomenclatura, a Convenção Americana não permite que aos indígenas seja concedida um mero privilégio sobre uma terra pertencente a um terceiro ou ao Estado, não permite um regime de mero usufruto.²⁰ Não pode o Estado, por exemplo, reter a propriedade da terra e seus recursos naturais, permitindo aos povos originários apenas dela usar e fruir, como ocorreu no caso do povo Saramaka.²¹ A própria Corte já ditou, em várias decisões, seja de forma explícita ou implícita, que os indígenas são proprietários de pleno direito.

A Corte não exige, contudo, que um tipo específico de propriedade, o regime ocidental de propriedade privada, seja imposto aos indígenas. A Corte reconhece a existência de diversos tipos de *propriedades tradicionais*, que o estado tem o dever de respeitar e garantir.²² São diversos os casos em que a Corte reconheceu essa diversidade, e asseverou que cabe ao ordenamento jurídico do Estado adaptar-se à (pre)existência do direito consuetudinário sob seu território, e não o contrário.²³ É uma forma de garantir a

²⁰ Novamente, isso é asseverado pela Corte desde o primeiro caso, Comunidade Mayagna (Sumo) AwasTingni vs. Nicarágua, parágrafo 153.

²¹ Os fatos desse caso referem-se à propriedade das terras, que pertenciam ao Estado, aos indígenas sendo concedido um mero privilégio sobre as mesmas. Vide o parágrafo 115 do caso Povo Saramaka vs. Suriname, no qual a Corte reconhece a insuficiência da proteção concedida pelo governo do Suriname, ao mesmo tempo em que estabelece a necessidade de garantir o direito à propriedade e ao uso e gozo plenos da terra.

²² A Corte já chegou a identificar como discriminação que o regime jurídico de um Estado dê prioridade à propriedade individual sobre a coletiva. Vide o caso da Comunidade Indígena XákmokKásek vs. Paraguai, parágrafo 273.

²³ Isso se manifesta muito bem quando a Corte exige que o Suriname tome providências legislativas para garantir o acesso à propriedade de povos tribais, segundo seus usos, costumes e tradições, no parágrafo 305 do recente caso Povos Kaliña e Lokonovs Suriname. Do mesmo modo, quando a Corte exige que o Paraguai



sobrevivência física e espiritual do povo em questão, que de outra forma de veria ameaçada pela degeneração de seus meios e relações de produção.²⁴

É inconveniente, portanto, que um Estado relegue os indígenas a um regime de mero usufruto ou similar, ignorando os mandamentos da Corte quanto ao respeito e garantia da propriedade indígena.

6 CONCLUSÃO

A conclusão explora aquelas possibilidades de Controle de Convencionalidade em Litígio Estratégico âmbito brasileiro que podem surgir com o julgamento do caso Povo Xukuru vs. Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Primeiramente, é preciso deixar bastante claro: muitas dessas possibilidades, na verdade já existiam dentro da Jurisprudência da Corte. Contudo, nunca houve, na história da Corte Interamericana, uma decisão sobre a temática indígena prolatada em processo contra o Brasil. Aqui, independente de aceitar-se a tese da eficácia *erga omnes* das decisões da Corte, o Brasil estaria obrigado a seguir aquilo que recomendasse a Corte. Além do mais, condenadas situações ocorridas no Brasil, os operadores do direito poderão fulminar violações semelhantes com muito mais peso em âmbito interno e o Estado terá um direcionamento muito mais claro de quais condutas precisam mudar.

No caso brasileiro, são flagrantes diversos atentados recentes contra o direito indígena à propriedade, conforme definido e regulamentado pela Corte.

interprete a sua legislação segundo os costumes dos povos indígenas, e interpreta ela mesma a Convenção Americana segundo esses usos e costumes, no caso Comunidade YakyéAxa, parágrafo 51.

24 De fato, o elemento que melhor parece descrever a natureza da relação que a Corte busca proteger (a chamada *relação tradicional*) é a sobrevivência cultural e material. Quanto à morte física, isso é muito claro a partir do momento em que, com vistas a garantir a proteção da sobrevivência física, a Corte liga a perda da propriedade com uma violação do artigo 4 da Convenção Americana (vide: Comunidade XákmokKásekvs Paraguai, parágrafo 234). A sobrevivência cultural, pode-se inferir de diversos trechos de julgados da Corte, em que a mesma valoriza a cultura tradicional, dependente da terra, como digna de ser protegida por si só (vide: Comunidade Garífuna de PuntaPiedra e seus Membros, parágrafo 166).



A começar pela norma constitucional que reserva aos indígenas tão somente o usufruto perpétuo das terras, permanecendo a União com a sua propriedade. Essa norma é frontalmente contrário ao entendimento da Corte, já examinado acima, de que a propriedade deve, em todos os casos, permanecer nas mãos os povos originários, e ser exercida em seus próprios termos.

Igualmente, será possivelmente repreendida a inadequação e ineficácia do Decreto 1775/96 (BRASIL, 1996), que regulamenta o procedimento de demarcação dessas terras. A Corte já considerou que existe um forte conteúdo de devido processo legal na obrigação de delimitar, demarcar e titular o território ancestral, tendo o referido Decreto representado o maior empecilho legal à criação da Terra Indígena Xukuru.

Por fim, com base em seu entendimento sobre a relação de propriedade protegida, e à extensão dos direitos protegidos, a Corte muito possivelmente tomará ciência e descartará a tese do Marco Temporal, ainda não suficientemente rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo essa tese, os povos originários teriam direito àquelas terras que ocupassem na data de promulgação da Constituição Federal de 1988, 5 de Outubro de 1988. É uma tese que claramente protege uma relação meramente temporal, e não de sobrevivência física e cultural, como determinado pela Corte Interamericana. Por conta disso, provavelmente também será rechaçada a criação de GT especial no Ministério da Justiça para reavaliar, à luz da jurisprudência do STF, as delimitações efetuadas pela FUNAI. (COMBATE RACISMO AMBIENTAL, 2017).

Não pode, portanto, o Estado eximir-se da obrigação de emanar legislação que albergue a propriedade tradicional, revogando normas a ela contrárias, sob pena de responsabilização internacional. Além da responsabilização, aliás, incidirá fatalmente controle de convencionalidade, mesmo que as normas violadoras tenham sede constitucional originária, como é o caso com o artigo 231, §2.

Confirma-se, portanto, nos precedentes da Corte Interamericana, a tese aventada na Introdução desse artigo. Explicitamente: obriga a Corte Interamericana, através da



Convenção Americana, que o Estado reconheça a propriedade tradicional, enquanto emanção de um direito ancestral.

REFERÊNCIAS

FERREIRA, Ivson J; BRASILEIRO, Sheila; FIALHO, Vânia. **Dossiê XicãoXukuru**. In: FIALHO, Vânia; NEVES, Rita de Cássia Maria; FIGUEIROA, Mariana Carneiro Leão (orgs.). "Plantaram" Xicão: os Xukuru do Ororubá a Criminalização do direito ao território. Manaus: PNCSA-UEA/ UEA Edições, 2011.

CARDOSO, EvorahLusci Costa. **Litígio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 11: Pueblos Indígenas y Tribales**. Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/indigenas.pdf> >. Acesso em: 02 de Novembro de 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório de Mérito 44/15**, referente ao Caso 12.728 (Povo Indígena Xucuru vs. Brasil). OEA/Ser.L/V/II.155 (Doc.24). Publicado em: 28 de Julho de 2015. Disponível em: < <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12728FondoPt.pdf>>. Acesso em 02 de Novembro de 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Comunidade AwasTingni vs. Nicarágua (Mérito, Reparações e Custas). Sentença de 31 de Agosto de 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Comunidade Moiwana vs. Suriname (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Sentença de 28 de Novembro de 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Comunidade Indígena YakyeAxa vs. Paraguai (Mérito, Reparações e Custas). Sentença de 17 de Junho de 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai (Mérito, Reparações e Custas). Sentença de 26 de Março de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Povo Saramaka vs. Suriname (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Sentença de 28 de Novembro de 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Comunidade Indígena XákmokKásek vs. Paraguai (Mérito, Reparações e Custas). Sentença de 24 de Agosto de 2010.



CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador (Mérito e Reparações). Sentença de 27 de Junho de 2012

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Comunidades Afrodescendentes Deslocadas da Várzea do Rio Cacarica (Operação Gênese) vs. Colômbia (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Sentença de 20 de Novembro de 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus Membros vs. Panamá (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Sentença de 14 de Outubro de 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus Membros vs. Honduras (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Sentença de 8 de Outubro de 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Comunidade Garífuna Trunfo de la Cruz e seus Membros vs. Honduras (Mérito, Reparações e Custas). Sentença de 8 de Outubro de 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname (Mérito, Reparações e Custas). Sentença de 25 de Novembro de 2015.

DE SCHUTTER, Olivier. **International Human Rights Law**: cases, materials, commentary. New York: Cambridge University Press, 2010, P. 625-640.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº169 sobre Povos Indígenas e Tribais**. Adotada em 27 de Junho de 1989. Entrada em vigor: 5 de Setembro de 1991.

BRASIL. **Decreto 1775/96**, de 8 de Janeiro de 2016. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências, Brasília, DF, jan. 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1775.htm>. Acesso em 02 de Novembro de 2016.

COMBATE RACISMO AMBIENTAL. **Portaria 68/2017, do Ministério da Justiça, cria GT para “Fornecer Subsídios” sobre Demarcação de Terras Indígenas**. Disponível em: < <https://racismoambiental.net.br/2017/01/18/portaria-682017-do-ministerio-da-justica-cria-gt-para-fornecer-subsidios-sobre-demarcacao-de-terras-indigenas/>>. Acesso em 02 de Novembro de 2017

.....



EDUCAÇÃO DIGITAL E DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO NA INTERNET

Alexandre Henrique Tavares Saldanha¹

Ludmila Lina Nascimento Pontes²

1 INTRODUÇÃO

O tema analisado neste trabalho envolve a intrínseca relação que há entre estar devidamente capacitado para utilizar as ferramentas oferecidas pelo ambiente digital e a satisfação do direito de ter acesso às informações nele dispostas. Com as transformações na tecnologia da informação, a internet se transforma na principal fonte de comunicação, oferta e acesso de informações, de qualquer fonte ou natureza. Sendo assim, na chamada cibercultura, falar em acesso à informação passa quase que necessariamente por falar em ter acesso ao ambiente digital e dominar as técnicas de navegação e usos das ferramentas que o compõe. Situação problemática surge quando se constata que não há ao certo uma educação voltada para o ambiente digital, seja no sentido da capacitação no uso das técnicas necessárias, ou no sentido do uso da tecnologia para fins didáticos. Ou seja, ainda que se fale em sociedade da informação e ampla difusão da rede mundial de computadores, há uma grande parcela da sociedade (principalmente no contexto de países com menor grau de desenvolvimento econômico) sem acesso aos eventuais benefícios trazidos pelos usos do ambiente digital, por simplesmente não ter acesso à rede ou por ter, apenas simbolicamente, já que não recebem qualquer instrução sobre como se beneficiar deste meio de comunicação.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Universidade Católica de Pernambuco. Membro dos grupos de estudo GEDAI e LOGOS. Advogado.

² Graduanda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Aluna pesquisadora do PIBIC na mesma instituição.



Daí a necessidade de discutir a prévia necessidade de educação para fins digitais, quando se for analisar como o direito fundamental de acesso à informação encontrará satisfação. E nisto reside a contribuição que este trabalho pretende dar. O objetivo principal é de levantar a discussão, criando uma necessária vinculação entre direito de acesso à informação e prévia capacitação digital. Para alcance do objetivo proposto, no primeiro ponto do trabalho será analisado o direito de acesso à informação, no intuito de melhor compreendê-lo, principalmente no que diz respeito às suas dimensões (quais informações? Quais limites?).

Uma vez compreendida a natureza fundamental do direito de acesso à informação, no segundo ponto será analisada a forma como este direito se manifesta perante as transformações tecnológicas que caracterizam aquilo que se passou a chamar de sociedade da informação. Com a ampla difusão das tecnologias da informação vale reanalisar a forma como o direito fundamental de acessar informações poderá ser satisfeito, se mantém suas características tradicionais ou se é redimensionado por novas demandas sociais e contemporâneos contextos tecnológicos.

Por fim, analisada a forma como exercer o direito fundamental de acesso à informação na cibercultura, traz-se o problema da necessidade de uma educação voltada para manejo das ferramentas de uso do ambiente digital, sem as quais não será possível obter acesso às informações nele dispostas, isto para arguir que é necessário realizar políticas públicas e privadas de instrução digital para que o direito humano em análise seja devidamente satisfeito. Para isto, o trabalho se desenvolverá por técnica explicativa baseada em revisão de literatura especializada nos tópicos propostos, colaborando com a discussão em foco.

2 SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO

O acesso a informação, é um direito fundamental que está previsto na Constituição Federal no artigo 5º incisos XXXIII, bem como em outros artigos desta, sendo ainda, afirmado através de outras normas jurídicas. A constituição diz que a sociedade terá direito



as devidas informações que são: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”, artigo 5º inciso XXXIII. Desta forma, é garantido aos cidadãos os direitos à publicidade e à transparência, visto que o estado, tem o dever de dar as informações ao cidadão.

Na atual situação em que se encontra a sociedade, já denominada de sociedade em rede devido a sua (quase) total dependência das novas tecnologias da comunicação e informação (TICs), os novos direitos são considerados como fundamentais e novas formas de tutelá-los são exigidas. (DE OLIVEIRA e RAMINELLI, 2014, p. 169 – 182)

A Lei nº 12.527/2011, conhecida como Lei de Acesso a Informação (LAI), tem a função de regulamentar o direito de acesso a informação, previsto na Constituição Federal. As informações que as pessoas devem ter acesso, com base no artigo 4º, inciso I, da LAI, são dados, processados ou não, que podem ser utilizados para transmissão e produção de conhecimento, e registrados em qualquer suporte ou formato. Com a Lei de Acesso, a publicidade das informações passou a ser regra, e o sigilo quanto às fontes das informações e a elas mesmas, a exceção. Dessa forma, as pessoas terão acesso a qualquer informação pública, que estão em custódia ou são produzidas pelos órgãos e entidades da administração pública, tanto pela perspectiva dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional, quanto na legislação infraconstitucional. Porém, a lei de acesso a informação, prevê algumas exceções ao exercício deste direito de acessar dados, isto quando a publicidade de algumas delas pode causar riscos ao Estado e a sociedade.

Outras características do direito constitucional e infraconstitucional de ter acesso à informação estão no fato da pessoa solicitante do acesonão precisar motivar a sua solicitação e de que este acesso à informação será realizado de forma gratuita, podendo, quando eles forem necessários, cobrarem os custos dos serviços e dos materiais utilizados na reprodução e envio de documentos. Além disto, o direito fundamental à informação, pode ser exercido por pessoas físicas ou jurídicas, tanto de forma presencial, como o envio



de documentos físicos, por exemplo, ou através de plataformas digitais interconectadas. Com base na Lei de Acesso à Informação, o Estado tem o dever de criar um ponto de comunicação entre o setor público e a sociedade, função esta que, no Brasil, é exercida pelo Serviço de Informações ao Cidadão – SIC, quando a hipótese de acesso envolver documentos e informações dispostas em suportes físicos. Já quando o acesso à informação for realizado por meio de plataformas eletrônicas, poderá ser usado o Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC), cuja função é a de centralizar as entradas e saídas de todos os pedidos de acesso dirigidos ao Poder Executivo Federal.

Através do e-SIC, permite-se que qualquer pessoa - física ou jurídica - encaminhe e solicite pedidos de acesso à informação para órgãos e entidades do Poder Executivo Federal. Isto demonstra o quanto este direito constitucional de acesso está num momento de transição entre o material e o digital, pois ambos os campos são capazes de fornecer informações.

Diante do exposto, é notório que, em alguns casos, as pessoas precisam saber manejar plataformas eletrônicas para poder acessar informação e desta forma conseguir exercer tal Direito fundamental de natureza tanto infraconstitucional, quanto constitucional. Isto porque com o desenvolvimento das tecnologias da informação há uma natural tendência de que os dados públicos e privados sejam dispostos em ambiente digital, não mais em suportes físicos. Daí, acessar informação será algo transformado em acessar informação inserida na rede mundial de computadores. Daí a necessidade de saber manejar as ferramentas necessárias para tal tarefa.

Diante disso, fica em questão que, grande parte da população brasileira, não tem acesso uma educação digital e dessa forma ela não consegue exercer o seu direito fundamental de acesso a informação, quando este precisa ser praticado em meios digitais e através da internet, e por causa do analfabetismo digital, vai prejudicar o exercício de um direito fundamental. Questão melhor enfrentada a seguir.



3 O ACESSO À INFORMAÇÃO NA CIBERCULTURA

Não há um consenso teórico quanto ao status do atual estágio da civilização ocidental que possa realmente caracteriza-la como sendo a “era da informação”, ou a “sociedade informacional” ou qualquer expressão semelhante, que possa representar este momento do desenvolvimento humano em que se redimensiona o valor da informação e do conhecimento, em qualquer mercado ou ciclo de produção, ao mesmo tempo em que se hiperdimensiona a relação dos comportamentos humanos com as tecnologias da informação.

Vasto e quase ilimitado acesso à informação são características daquilo que passou a se chamar de cibercultura, expressão que representa uma série de impactos socio-culturais das tecnologias digitais na sociedade, naquele estágio social também usualmente chamado de sociedade informacional. Pierre Lévy usa a expressão “dilúvio de informação” na contemporaneidade, defendendo inclusive que trata-se de um caminho sem volta, característica da qual os tradicionais institutos sociais devem ficar acostumados e assim saber conviver. (LÉVY, 2010, p. 163).

Esta transformação cultural é uma consequência de revoluções no setor de tecnologias da informação, e quando se fala em tecnologias da informação, é necessário que esta expressão seja compreendida englobando todo o conjunto de tecnologias em microeletrônica, computadores, telecomunicações e ainda aspectos tecnológicos da engenharia genética (CASTELLS, 2002, p. 67).

No contexto destas transformações sociais, a informação passa a ter outros sentidos ou outras dimensões, daí os impactos desta cibercultura no direito fundamental de acessar informação, pois a quantidade de dados e os meios de acesso sofrem alterações substanciais. A informação vira objeto de uma tecnologia, que por sua vez se torna a causa de uma verdadeira revolução, da mesma forma como fora a energia elétrica para a revolução industrial (CASTELLS, 2002, p. 68). Informação que gera informação, conhecimento que gera conhecimento, parecem ser chaves de uma nova maneira de comportamentos socio-econômicos, em outros termos, “O que caracteriza a atual



revolução tecnológica não é a centralidade de conhecimentos e informação, mas a aplicação desses conhecimentos e dessa informação para a geração de conhecimentos e informação, em um ciclo de realimentação cumulativo entre inovação e seu uso". (CASTELLS, 2002, p. 69).

Este ciclo de informações característico de um estágio social encontra na internet a ferramenta ideal para fluxo de dados, para satisfação de desejos de informar e de ser informado, pois a rede mundial de computadores é capaz, ao menos em potencial, de armazenar uma quantidade de informação até então inimaginável em tempos de armazenamento físico. E além do armazenamento, a capacidade de interação promovida pela internet altera a demanda social por informação, pois quase tudo pode ser compartilhado.

No âmbito na Internet, quer seja o acesso via computador, TV, telefone, *palm*, *Pager* ou outra via convergente, esta questão autoral toma maior relevância, pois trata-se de um meio de fácil divulgação e transmissão de informações, fácil acessibilidade e ausência de territorialidade, o que permite que se façam cópias do material que circula na rede com muito mais rapidez [...] (PINHEIRO, 2009, p. 84).

Daí a premissa de que diante da cibercultura vigente na sociedade da informação, falar em direito fundamental de acesso à informação é falar no exercício deste direito quase que exclusivamente em ambiente digital. Em outros termos, há uma necessária relação do acesso à informação com a Internet.

Diante disto, constata-se o fato de que para as pessoas poderem exercer seu direito fundamental de acesso à informação no idos do século XXI, há necessariamente que estar conectado, ou ao menos ter a oportunidade de se conectar, às redes mundiais de computadores. E, além disto, é necessário que elas tenham uma eficiente educação digital, pois sem que estejam devidamente capacitadas a manejar as ferramentas dispostas no ambiente digital elas não poderão acessar as informações disponíveis. Não por estas não poderem ser acessadas, mas pelo fato de determinadas pessoas não possuírem as qualidades técnicas hábeis para tal.



O direito fundamental de acesso à informação é, em muitas vezes, uma condição para o exercício de outros direitos humanos, a exemplo da sua relação com o acesso à justiça, com a liberdade de expressão, com o direito à verdade. Daí a necessidade de discutir e enfrentar a questão sobre a necessidade de oferecer à população em geral um processo de inclusão digital acompanhada de uma eficiente alfabetização digital, para que elas possam buscar informação através da internet e assim poderem corretamente exercer o seu direito fundamental de informar e de ser informado. Tema que é melhor enfrentado a seguir.

4 A NECESSIDADE DE UMA EDUCAÇÃO VOLTADA PARA NAVEGAÇÃO EM AMBIENTE DIGITAL COMO PRESSUPOSTO DE SATISFAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO

Para que o direito fundamental de acesso a informação na internet possa ser exercido e encontre satisfação pelo cidadão que lhe é titular, é necessário que haja educação digital para tal, pois sem ela o exercício deste direito ficará prejudicado, considerando que a internet tornou-se ferramenta ideal para fluxo de informações disponíveis. Torna-se então essencial que haja programas sociais capazes de promover inclusão digital, bem como educação digital.

A ausência de políticas públicas e privadas de inclusão e educação digital poderá causar a não satisfação de diversos direitos fundamentais por parte considerável da sociedade que não tem condições econômicas de, por livre iniciativa adquirir o maquinário necessário e as habilidades necessárias para interagir com o ambiente digital, o que em outra perspectiva pode causar novas estratificações sociais baseadas em diversas formas de controle, não apenas do acesso.

A estratificação social baseada na velocidade e no controle do acesso permite vislumbrar sutilezas que escapam ao olhar esvaziado de crítica, típico dos discursos de legitimação dos programas sociais de inclusão digital. Esses programas tendem a enxergar a cibercultura como um campo homogêneo, diante do qual só existiriam duas posições possíveis: a inclusão e a exclusão (CAZELOTO, 2008, p. 112).



Na sociedade da informação, há diversas formas de controlar e estratificar, e uma delas passa justamente por não capacitar devidamente as pessoas, ou leva-las a crer que com a inclusão uma série de direitos fundamentais estão satisfeitos, sem que realmente os estejam. Existem diversas formas de analisar a questão da inclusão digital, não estando esta restrita, nem tampouco resumida, ao ter acesso às ferramentas avançadas de navegação em ambiente digital (CAZELOTO, 2008, p. 112). Sem necessária capacitação para fins de navegação digital, poderá ser criada uma situação em que pessoas capazes de navegar satisfazem seus direitos de acesso à informação, enquanto que outro tanto de pessoas que não receberam a devida instrução digital e assim tornam-se incapazes de gozar do direito fundamental em análise.

De modo geral, não promover educação digital pode causar grande prejuízo não somente a quem não pode exercer o direito à informação, mas também passa a ser algo prejudicial para a população no geral, pois causa atraso aos possíveis avanços que o povo poderia usufruir, sejam sociais, econômicos etc. Nota-se que vem aumentando cada vez mais a concentração de informações e de oportunidades envolvendo-as nas redes mundiais de computadores, sendo então tolhidos de participar aqueles que sofrem de “analfabetismo digital”.

O próprio poder público passa a realizar diversas atividades envolvendo informação através da internet. Exemplo disso está no fato de autoridades administrativas do Estado informarem ao cidadão a realização de alguns serviços público por meio de solicitações e agendamentos online. O que pode causar transtornos, pois muitas pessoas não são inclusas, ou alfabetizadas, para fins de ambiente digital, pois não tiveram condições de aprender a utilizar os instrumentos dispostos na internet. Esta diferença técnica entre manejar ou não manejar as ferramentas virtuais termina criando um novo problema no exercício de cidadania, uma espécie de “apartheid digital”, cuja solução não está apenas, como já arguido, na oferta de acesso, mas também nas condições de realizá-lo.



O Estado passa então a ter a obrigação de promover gratuitamente para a população cursos técnicos de preparo para a navegabilidade em ambiente digital. Num contexto como o do Brasil, é provável que os resultados a serem atingidos sejam inicialmente fracos, considerando diversas falhas, seja por ausência de materiais eletrônicos ou por vontade política suficiente. Num contexto como este, apenas uma parcela da população, a que conseguerealizar cursos ou já crescer em contato com o ambiente digital poderá usufruir das vantagens oferecidas pelo ambiente digital, principalmente no que diz respeito ao acesso à informação.

No Brasil, como exemplo, são promovidos alguns cursos ligados à área da informática, a exemplo dos Sisutec (Sistema de Seleção Unificada da Educação Profissional e Tecnológica) e o ProInfo (Programa Nacional de Tecnologia Educacional), mas a quantidade de pessoas que esse consegue alcançar é pequena, considerando o total da população³, surgindo daí a diferença que vem sendo destacada no trabalho, a da criação de uma segregação decorrente da falha na educação digital para fins de acesso à informação.

Diante deste cenário, é possível reivindicar do poder público a garantia dos seus direitos, exigindo políticas públicas, com o ou sem parceria da iniciativa privada, não somente de inclusão digital mas de capacitação, ou educação, para fins de navegação digital, ou então que o poder público melhore a qualidade e a quantidade de programas já existentes, oferecendo cursos para educação digital de uma forma efetiva, alcançando maior parte possível da população para democratizar o acesso à informação e a participação na economia digital. Somente assim, com incentivos à participação popular e conscientização dos benefícios oferecidos pela internet, poderá haver plena satisfação do direito fundamental de acesso à informação na cibercultura.

São várias dimensões distintas de um único direito fundamental (o do acesso à informação), dentre elas estar apto a oferecer informações, poder captar as informações

³ Maiores informações podem ser obtidas nos respectivos sites dos programas mencionados.



disponíveis, bem como poder compreende-las, dentre outros aspectos que podem ser associados com esta garantia constitucional. Sem o devido manejo da linguagem e dos instrumentos que materializam a rede mundial de computadores, não poderá tal direito ser satisfeito e, para que haja tal concretização, não é adequado apenas oferecer a possibilidade da pessoa ter acesso, se não tiver condições de controlar o fluxo de informações disponíveis. Sem a devida educação digital é quase como se o poder público oferecesse um veículo de alto desempenho a quem não é capaz sequer de andar de bicicleta.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho se propôs a colaborar com as discussões sobre dois temas principais, um, a garantia de acesso à informação, e, dois, a inclusão digital. Ter acesso à informação é tanto garantia constitucional quanto direito humano previsto em documentos internacionais e, diante do atual desenvolvimento tecnológico e de novos parâmetros de comportamento social em relação às tecnologias, este direito torna-se dos mais relevantes dentre os que são essenciais ao exercício pleno de cidadania, envolvendo o poder de informar e de ser informado.

Manejo da informação este que torna-se intrinsecamente vinculado à rede mundial de computadores, pois este espaço, no século XXI, se transforma no ambiente essencial para fluxo de dados informacionais. Com isto, todas as possibilidades de colaboração, participação, compartilhamento, divulgação e tudo que seja possível de se fazer com informação disponível há de ser feito com o uso das ferramentas digitais específicas para tal. Neste cenário, garantir ao cidadão o acesso à informação deixe de ser algo com suporte material (jornais, decisões, arquivos em papel) e passa a ser algo realizável quase que essencialmente em rede, em ambiente e suporte digitais.

Através dessa pesquisa buscamos analisar a violação do direito fundamental de acesso a informação por ausência de acesso à internet. Causado não somente por problemas envolvendo ausência de inclusão digital, mas também pela ausência de



educação digital. E ao observar as causas dessa complicação, pesquisamos formas de corrigir essa violação, por meio de um processo de alfabetização digital para que seja garantido a todos os cidadãos, o direito fundamental de acesso a informação por meio do uso da internet.

REFERÊNCIAS

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Volume I. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

CAZELOTO, Edilson. **Inclusão Digital**: uma visão crítica. São Paulo: Ed. SENAC, 2008.

DE OLIVEIRA, Rafael Santos; RAMINELLI, Francieli Puntel. O Direito ao Acesso à Informação na Construção da Democracia Participativa: uma análise da página do Conselho Nacional de Justiça no Facebook. **Revista Seqüência**, v. 35, n. 69, p. 169 – 182, 2014.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 34, 2010.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva, 2009.





ANÁLISE DO CASO VLADIMIR HERZOG VS. BRASIL SOB A ÓTICA DA RELAÇÃO SINAGMÁTICA DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

.....
Camilla Montanha de Lima¹

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo dedica-se a abordar o Caso Vladimir Herzog *vs.* Brasil que tramita perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, especificamente no que toca ao aspecto material da justiça de transição. Nesse sentido é analisada, primeiramente, a problemática da não persecução penal dos agentes estatais violadores de direitos humanos no período da ditadura militar brasileira sob a ótica do controle de constitucionalidade. Em um segundo momento é abordada a questão sob a ótica do controle de convencionalidade, incluindo a análise de precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Aborda-se, então, o Caso *Vladimir Herzog vs. Brasil* com amparo nos relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sob um viés crítico, tratando das possíveis repercussões de tal caso em âmbito nacional para revisão da lei da anistia brasileira.

2 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO ESTADO BRASILEIRO

A justiça de transição pode ser compreendida como o esforço para construção da paz sustentável após um período de conflitos, que seria no caso do presente estudo o regime autoritário brasileiro, compreendido no período de 1964-1985, que acarretou em violência em massa, com graves violações sistemáticas aos direitos humanos. Dessa forma,

¹ Graduanda do 10º período de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Pesquisadora pelo Pibic/CNPq no período de 2015-2016.



refere-se ao conjunto de ações implementadas por países, tanto em nível judicial e não judicial, em tempos de transição de períodos de conflitos ou repressão estatal, objetivando corrigir as sequelas decorrentes de grandes abusos aos direitos humanos, bem como a não repetição das violações perpetradas (ZYL, 2011, p. 47).

Há, então, a necessidade de providências para a efetivação de um regime democrático, com a adoção de objetivos de esclarecimento da verdade histórica e judicial, instituição de espaços de memória, reformas institucionais, reparação dos danos às vítimas e realização da justiça propriamente dita, com a responsabilização dos violadores de direitos humanos (GALINDO, 2015, p. 22).

Logo, o presente artigo versa sobre a justiça de transição, com o enfoque específico na dimensão do processo, julgamento e punição em âmbito criminal dos agentes violadores de direitos humanos no período concernente à ditadura militar brasileira.

É importante desde já ressaltar que a persecução penal a qual se fala não corresponde a uma "caça às bruxas", mas como uma etapa necessária para empreender a responsabilização pelas graves violações de direitos humanos do período (GALINDO, 2017, p. 389-391)

No caso brasileiro, a transição do regime militar para o democrático teve como um marco a promulgação da lei nº 6683, em 1979, que concedeu no §1º, do art. 1º, uma anistia incondicionada aos agentes estatais na época da ditadura militar, ao considerar os crimes por eles praticados como conexos aos crimes políticos realizados por opositores do regime autoritário militar brasileiro.

Não se pode negar, assim, que a Lei nº 6.683/1979 foi uma espécie de autoanistia pela qual os militares e correlacionados garantiram, em meio a um iminente esfacelamento do regime ditatorial, uma futura isenção de qualquer responsabilização judicial futura que poderia vir a incorrer contra eles.

É, então, notório que a referida Lei continua a ser o principal empecilho, do ponto de vista formal, no que diz respeito ao processamento criminal dos agentes públicos, mesmo aqueles que se tornaram sumamente conhecidos como responsáveis diretos por



crimes, por meio de testemunhos e confissões, jamais foram investigados por seus atos, quanto menos processados e punidos

A problemática da lei da anistia, como também ficou conhecida a lei nº 6683/1979, iniciou-se, em âmbito nacional, com sua incompatibilidade com o Estado democrático de direito esculpido na Constituição brasileira de 1988, que ensejou a propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº153.

O objeto da ADPF nº 153 focou-se na questão de direito interno ao impugnar o §1º do art.1º da Lei nº 6683/1979, para que seja dada sua interpretação conforme a Constituição brasileira em vigor de 1988. Nesse sentido, foi apontado na ação constitucional que os crimes executados por agentes policiais e militares da repressão política, durante o regime castrense, não deveriam ter sido inclusos como crimes conexos a crimes políticos, mas sim deveriam ter sido encarados como crimes comuns passíveis de investigação e persecução penal sem que tivessem sido amparados por um instituto que extinguiu a punibilidade e não permitiu a persecução penal de uma conduta tida como criminosa.

Em conclusão, o Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar a ADPF nº 153 no ano de 2010, reconheceu, por maioria de seus membros, como válida a Lei da Anistia sob o pressuposto de que a declaração de invalidade feriria a segurança jurídica, de modo que tal decisão solidificou ainda mais no direito interno a não punição dos agentes torturadores que praticaram crimes contra os direitos humanos ocorrido à época do regime de exceção.

Assim, diante de uma omissão estatal em tomar uma atitude adequada para a responsabilização dos agentes violadores de direitos humanos no período referente à ditadura militar brasileira, fez-se mister acionar o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).



3 A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

O próprio desenvolvimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), sistema que internacionalizou a proteção dos direitos humanos em âmbito regional, está intimamente relacionado com a temática da Justiça de Transição.

A ideia de um nível regional desvela que em áreas menores de proteção, próximas geograficamente e caracterizadas por certos elementos concomitantes, é mais fácil a obtenção de consenso de determinados direitos humanos, bem como sua interpretação e estabelecimento dos mecanismos de proteção possíveis dentro do entorno socioeconômico e cultural compartilhado (REBUCCI, 2015, p. 38). Considerando que ditaduras militares e suas conseqüentes violações aos direitos humanos foram um contexto histórico comum nos países da América Latina nos meados do século XX, é de considerar-se que esses países sofreram ou sofrem com problemas semelhantes advindos de tal período.

Foi a partir do caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, caso que versa sobre a execução forçada de um militante da esquerda chilena pelos agentes do Estado no Chile no período ditatorial, que se inaugurou, formalmente, a doutrina do controle de convencionalidade no continente americano, com a decretação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) da inconveniência da lei da anistia chilena (PAIVA, HEERMANN, 2017, p.329).

A partir deste caso foi explicitado o dever do Estado, que se torna parte de um tratado internacional, de ter seu ordenamento jurídico interno em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos. Vigorando, ainda, o princípio da interpretação conforme os direitos humanos, onde todos os juizes, autoridades públicas e operadores do direito que estiverem no exercício do controle de convencionalidade possuem o dever de interpretar os atos normativos internos à luz da proteção dos direitos humanos e como uma questão de ordem pública, os órgãos do Poder Judiciário nacional podem exercer *ex officio* controle de convencionalidade (PAIVA; HEERMANN, 2017, p. 331 e 339).



Outrossim, não só as sentenças emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos vinculam o país a qual foi emitida a referida decisão, mas toda a jurisprudência consolidada da Corte que verse sobre matérias correlatas. As autoridades do judiciário local que possuem o dever de realizar essa interpretação dos atos normativos internos devem fazer em conformação com o arcabouço normativo de proteção aos direitos humanos, com o adendo que não deve haver uma interpretação estática limitada ao que dispõe o texto da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas sim ocorrer em um sistema interpretativo dinâmico ao qual são considerados os precedentes da própria Corte e outros tratados internacionais de direitos humanos em âmbito global ao qual o país é signatário, adotando sempre a interpretação que seja mais protetiva ou favorável ao indivíduo.

O controle de convencionalidade pode, então, ser entendido como o instrumento pelo qual se vale o órgão jurisdicional, seja interno ou internacional, para declarar a compatibilidade ou de não de uma norma frente às convenções internacionais de direitos humanos, constituindo uma relevante construção jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) voltada a conferir maior efetividade à proteção internacional dos direitos humanos (LIRA, 2016, p. 32-34).

No que toca à jurisprudência internacional dos direitos humanos outro ponto que merece destaque refere-se ao que seriam crimes contra a humanidade, também conhecidos como crimes de lesa-humanidade, importantes principalmente pelo fato do Brasil ter ratificado diversos tratados de direitos humanos, tais como, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Inumanos ou Degradantes.

Tais crimes tem sua formação base vinculada aos “princípios de Nuremberg”, que remontam aos Princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto e pela Sentença do Tribunal de Nuremberg em 1950, tais princípios reúnem e confirmam o status de direito imperativo ou *iuscogens* que nesse momento já tinha a proibição dos crimes contra a humanidade, dando os elementos bases para o que hoje entende-se por crime de



lesa-humanidade, como o caráter a natureza de atos inumanos que envolvam os atos integrantes dessa categoria, tendo que não há uma taxatividade de tais atos, e que os atos inumanos são dirigidos contra a população civil(International Center for Transitional Justice, 2008, p. 3-4).

Hodiernamente a Corte Interamericana de Direitos Humanos já tem sedimentado em suas sentenças a definição do conceito de crimes de lesa-humanidade. O julgamento do Caso AlmonacidArellano e outros *vs.* Chile (CorteIDH, 2006, p.45) foi também pioneiro na integração do conceito de crimes contra a humanidade no âmbito do SIDH, destacando também a imprescritibilidade desses crimes como fundamento em norma internacional consuetudinária.

Assim, há uma obrigação geral, em consonância com o artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, de perseguir, investigar e punir os responsáveis por crimes de lesa-humanidade, obrigação esta que nasce desde o próprio momento da ratificação da Convenção e é exigível no tocante a fatos constitutivos deste tipo de violações e crimes, mesmo que cometidos antes da ratificação da Convenção pelo respectivo Estado e sua vigência (International Center for Transitional Justice , 2009, p. 383-384). Ademais, a Corte sedimentou o caráter inadmissível e inaplicável da prescrição em tais casos também com fundamento em uma norma internacional consuetudinária, pouco importando se o país é signatário da Convenção da ONU sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade(PAIVA; HEERMANN, 2017, p. 341):

Cabe o adendo que o Comitê de Direitos Humanos, em sua Observação Geral nº31, assinalou que nos casos em que funcionários públicos ou agentes do Estado tenham cometido tortura ou outros tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes, tais como privações sumárias arbitrarias de vida, os Estados Partes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos não poderão eximir os autores de tais violações aos direitos humanos de sua responsabilidade jurídico pessoal(International Center for Transitional Justice , 2009, p. 387).



4 CASO GOMES LUNDVS. BRASIL

Antes de adentrar propriamente no caso Vladimir Herzog que foi encaminhado ao SIDH, é importante tecer algumas considerações do Caso Gomes Lund e outros *vs.* Brasil, pois a análise deste caso é de extrema importância por ser a primeira decisão da Corte IDH que condenou o Estado brasileiro por violar os direitos humanos também no que toca à manutenção da impunidade dos agentes estatais e paraestatais torturadores do período da ditadura militar brasileira, levantando, nesse sentido, a questão da revisão da lei da anistia Local.

O Caso Gomes Lund e outros *vs.* Brasil, também conhecido como Guerrilha do Araguaia, chegou ao SIDH após treze anos de tramitação no âmbito local sem que houvesse resultado da ação interna ajuizada por vinte e dois familiares de desaparecidos políticos na Guerrilha do Araguaia, um agrupamento de membros do Partido Comunistas do Brasil (PCdoB), a maioria advindos de lideranças estudantis, que se insurgiram contra a ditadura militar e foram para o estado do Pará, na expectativa de arregimentar forças para, por meio da ação armada derrubar o regime militar (GENRO, 2012, p. 61).

Passados trinta anos dos fatos supracitados o governo brasileiro manteve-se praticamente inerte, sendo várias as tentativas em âmbito local dos familiares das vítimas de fazer justiça perante a situação dos seus entes desaparecidos, o que ensejou a propositura de uma petição pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o *HumanRightsWatch/Amererica*s, em nome dos desaparecidos no contexto da Guerrilha do Araguaia e de seus familiares, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 1995, admitido em 2001 perante a mesma e em 2009 (GENRO, 2012, p. 62) encaminhado à Corte que proferiu a sentença em 2010.

Analisando a sentença da Corte na decisão do Caso Gomes Lund esta concluiu que a Lei da Anistia brasileira “carece de efeitos jurídicos” (Corte IDH, 2010, p. 65) e que o Brasil tem o dever de superar obstáculos processuais do direito interno que obstaculizam a efetivação dos direitos humanos e o cumprimento das obrigações que o país firmou ao ratificar e ao incorporar ao direito interno a Convenção Americana de Direitos Humanos.



O Supremo Tribunal Federal para firmar o entendimento de não aplicação da decisão da Corte para revisão da Lei da Anistia reiterou a tese que a Convenção Americana de Direitos Humanos goza de status supralegal, mas ainda inferior à Constituição, e sob a égide dos princípios constitucionais não poderia ser mudada a interpretação que até então vigora sobre a Lei da Anistia. Tal posicionamento reitera um positivismo exacerbado que legitima a perpetuação que crimes contra a humanidade não sejam punidos, que Anthony Pereiraintitulou de legalidade autoritária (PEREIRA, 2010, *passim*).

Após o proferimento da sentença do Caso Gomes Lund pela Corte IDH em 2010, o Brasil, embora tenha cumprido alguns pequenos pontos contidos na sentença da Corte em outras dimensões da justiça de transição, como direitos à memória e à verdade, se manteve totalmente inerte no que toca aos aspectos específicos já abordados para revisão da lei da anistia. Razão que levou o partido político brasileiro PSOL a ingressar com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, no Supremo Tribunal Federal, a ADPF nº 320, para que esta Corte Constitucional nacional reconheça a validade e o efeito vinculante da decisão, em sua totalidade para incluir a imposição de revisão da lei da anistia, proferida pela Corte IDH no caso da Guerrilha do Araguaia.

Passada essa análise fundamental do Caso da Guerrilha do Araguaia perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, passa-se para o foco propriamente do Caso Vladimir Herzog e outros *vs.* Brasil.

5 CASO VLADIMIR HERZOG E OUTROS VS. BRASIL

Têm-se, então, como emblemático o caso de Vladimir Herzog, jornalista e diretor da TV Cultura, defensor da liberdade de expressão e da democracia por meios pacíficos, brutalmente assassinado em 1975 nas instalações do DOI/CODI de São Paulo, o principal aparelho de repressão do país, com sucessivas tentativas fracassadas por meio de seus familiares em âmbito local para processar e punir criminalmente os agentes estatais torturadores, em uma clara violação de acesso à justiça.



Constatado em âmbito local a impossibilidade de se obter uma resposta efetiva do judiciário local para a revisão da lei da anistia, principal óbice para persecução criminal dos torturadores do jornalista, tendo passados mais de trinta anos sem que houvesse uma efetiva resposta quanto a responsabilização de tais agentes, o caso foi em 10 de junho de 2009 encaminhado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o qual foi admitido em 2012, com Relatório de Mérito nº 71/15 em que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos encaminhou o caso para julgamento da CortelDHe está para ser prolatada a sentença.

É importante destacar que os familiares de Herzog não se mantiveram inertes nestes 32 anos que passaram da sua morte, buscando incessantemente a reparação e a busca pela persecução penal dos responsáveis pela tortura e morte da vítima da repressão do regime militar. Em 1992 o Ministério Público do Estado de São Paulo solicitou a Polícia Civil que iniciasse investigação após a notícia de fato advinda da publicação da revista "Isto É, Senhor", em 25 de março de 1992, um oficial que trabalhou no DOI/CODI de São Paulo à época do regime repressor, de codinome "Capitão Ramiro", declarava que havia interrogado a suposta vítima nesse estabelecimento militar e que participara da sua morte.

Contudo, o ex-agente do DOI/CODI, "Capitão Ramiro", impetrou *habeas corpus* perante a Quarta Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), tendo por consequência a determinação deste de arquivar a investigação policial sob o escudo da lei da anistia. Embora tenha o Ministério Público de São Paulo apelado desta decisão, o Superior Tribunal de Justiça confirmou o acórdão proferido pelo TJSP em 18 de agosto de 2013 (CIDH, 2012, p. 3).

Obedecido o contraditório e ampla defesa na manifestação das partes, o relatório de admissibilidade nº 80/12, em 08 de novembro de 2012, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) declarou a petição do Caso Herzog admissível no que refere à suposta violação dos direitos protegidos na Declaração Americana de Direitos Humanos nos artigos I (direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade da pessoa) IV (direito de liberdade de investigação, opinião, expressão e difusão), XVIII (direito à justiça) e XXV



(direito de proteção contra prisão arbitrária; nos artigos 5.1 (direito à integridade pessoal), 8.1 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana, em conexão com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento; e nos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

Uma análise mais apurada de alguns dispositivos legais impugnados e reconhecidos no Relatório de Admissibilidade nº80/12 da CIDH se faz necessária, principalmente, tendo como principal foco a Convenção Americana de Direitos Humanos, associando essa análise ao contexto fático apresentado e as nuances do contexto brasileiro.

É *conditio sine qua non* para os países que ratificaram e incorporaram a Convenção Americana de Direitos Humanos cumprir a obrigação como Estados-parte de respeitar e garantir o pleno exercício dos Direitos Humanos, como assim preceitua o art. 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2008, p. 1163-1164). Significando, assim, que os Estados que assumiram o compromisso de adotar a Convenção passam a obrigar-se em relação à normatividade que nela se contém, no sentido que se autolimitam em sua soberania em prol de respeitar os direitos humanos em sua máxima efetividade (GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 20).

Mais especificamente, o art. 2º da Convenção dimensiona que as normas constitucionais devem estar em consonância com a Convenção, e os Estados-parte devem introduzir modificações no direito interno que assegurem o fiel cumprimento das obrigações assumidas perante a Convenção.

Nesse diapasão de não estar em consonância com a Convenção Americana de Direitos Humanos que a lei da anistia brasileira, a Lei nº 6.683/1979, constitui uma lei de autoanistia, o que viola diretamente os Direitos Humanos, imperando hodiernamente como válida no território brasileiro, embora seja claramente inconvenção.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como já mencionado, possui vasta jurisprudência no que toca ao dever de o Estado revogar, ou ao menos modular a interpretação da lei de autoanistia, para que não seja óbice à compatibilidade com o



preceituado nos direitos humanos, entendendo que tais leis carecem de efeitos jurídicos desde sua promulgação.

A judicialização e persecução em âmbito criminal dos violadores dos direitos humanos no período autoritário são, então, indispensáveis para que uma justiça de transição seja efetivada. Investigar, identificar e punir os responsáveis são pressupostos básicos para que as vítimas e familiares tenham um efetivo acesso à justiça. Sendo um direito garantido pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), a qual todo país signatário tem o dever de obedecer e estabelecer seu ordenamento interno em consonância com tal tratado internacional, não podendo usar de artifícios internos para estabelecer óbices à efetivação dos direitos humanos.

Assim, defende-se que a desconformidade do direito doméstico como estabelecido pela Convenção tornam inválidas as disposições internas incompatíveis, a ordem de adaptação do direito interno aos ditames internacionais vem de um patamar superior à legislação estatal, pois o comando do art. 2º da Convenção Americana em comento é superior aos comandos das leis internas infraconstitucionais brasileiras, pois se encontrarem os tratados de direitos humanos alçados ao nível constitucional no Brasil, independente do quórum qualificado do §3º do artigo 5º da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988(GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 26). Assim, os direitos humanos incorporados por tratados internacionais gozam do status de normas materialmente constitucionais, no sentido que a própria Constituição brasileira em vigor os inclui em seu bloco de constitucionalidade.

Partindo para uma análise do art.5º da CADH, que versa sobre o Direito à integridade pessoal, vê-se como um dos pontos fulcrais das violações nos regimes autoritários que os países da América Latina vivenciaram na segunda metade do século XX. Tal questão foi um ponto tão sensível nos regimes democráticos que estavam se reestruturando na América Latina que foi desde já evidenciado nos seus textos constitucionais como norma constitucional originária.



Em relação aos artigos 8 e 25 da Convenção, respectivamente versando sobre as garantias e a proteção judicial, infere-se que diante de um processo em tramitação no direito interno há cerca de quarenta anos, é patente a violação em âmbito estatal a um processo jurisdicional em tempo razoável, como uma verdadeira negação ao acesso à justiça, principalmente tendo em conta que tais violações são cometidas pelo próprio Estado parte da Convenção que é o Estado brasileiro.

Em relação aos requisitos de admissibilidade, impugnou, primeiramente, o Estado brasileiro a competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) *ratiotemporis* para examinar supostas violações da Convenção Americana de Direitos Humanos ou da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, visto que afirma que as supostas violações foram consumadas previamente à ratificação desses instrumentos pelo Brasil, ratificadas tais Convenções no plano nacional em 24 de setembro de 1992 e 6 de setembro de 1989, respectivamente. Assim, o Brasil alega que a ratificação de ambos os instrumentos ocorreu posteriormente aos atos de tortura em face de Vladimir Herzog, que se deram em 1975.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, se pronunciou que para os fatos que possam ser considerados como uma situação continuada de violação de direitos, de forma que mesmo que os fatos ocorrem antes da vigência das Convenções no direito nacional, sua perpetuação se protraí no tempo, dando legitimidade para que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tenha competência *ratiotemporis* para examinar a petição. Foi ressaltado no Relatório de Admissibilidade nº 80/12 que: *“as alegações dos peticionários relativas a esses instrumentos se referem à continua impunidade dos fatos, que supostamente persiste até essa data, em virtude da Lei de Anistia brasileira, bem como sua incompatibilidade com a Convenção Americana”* (CIDH, 2012, p.6)

Um grande passo foi dado com a promulgação da lei nº 9.140/95, na qual o Estado brasileiro reconheceu sua responsabilidade pelas mortes e pelos desaparecimentos ocorridos durante o período do regime militar. Após sucessivos atos, como a criação da Comissão Especial sobre Mortos e desaparecidos políticos, divulgação do livro e relatório



dessa comissão, denota-se o compromisso do Estado brasileiro com uma das vertentes da Justiça de Transição. Contudo, um ponto fulcral para a efetivação da Justiça de Transição em âmbito nacional é deixado de lado pelo Estado brasileiro ao negar e impor barreiras à persecução penal dos agentes violadores de direitos humanos no período de exceção.

Ainda foi apontado pelo Estado que com a promulgação da Lei da Anistia brasileira esgotou todos os recursos da jurisdição interna, impossibilitando as iniciativas para promover a persecução penal dos responsáveis pela morte da vítima.

Nesse ponto, que posteriormente vai ser mais aprofundado, merece o respaldo que o próprio Brasil reconhece o obstáculo que a Lei da Anistia representa para a efetivação de direitos humanos, servindo de escudo para que o Estado nacional não efetive os Compromissos firmados no âmbito internacional.

A Comissão Interamericana de Direitos humanos já se pronunciou de maneira reiterada a respeito da admissibilidade de petições que se referem às leis da anistia, como a exemplo das leis da anistia do Uruguai e do Peru.

Nessa toada, é verdade que o artigo 46.1 da CADH exige que o Poder Judiciário nacional tenha emitido uma decisão de última instância, contudo, existem exceções a essa regra geral, no próprio parágrafo segundo do art. 46 da CADH salienta que a exigência de esgotamento dos recursos internos não será exigida quando não houver lei interna que resguarde o direito violado, ou quando não foi permitido o acesso à jurisdição por meio da via recursal à suposta vítima, ou quando houve demora na emissão de uma decisão final sobre o caso sem razões válidas que o justifiquem (OEA, 2010, p.7-8)

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há uma dificuldade de real efetivação de uma justiça de transição, principalmente em sua dimensão material, no território brasileiro, e faz-se a crítica que a Constituição brasileira em vigor, apesar de pode ser encarada em um primeiro momento como uma Constituição nominalista como preceituado por Karl Loewenstein pela dinâmica do



processo político não ter se adaptado às suas normas, está hodiernamente incorrendo em um processo de semantização. Tal constatação foi apontada tendo em vista que passados quase trinta anos da entrada em vigor da Carta Magna brasileira de 1988, denota-se que pontos do texto constitucional passam a serem tratados como irrelevantes no processo político, enfraquecendo o próprio sentido de democracia ao ainda manter no ordenamento jurídico nacional institutos ditatoriais, o que a partir do quadro esquemático proposto pela professora espanhola Szmolka Vida faz com que o regime político brasileiro atual tenda ao autoritarismo (GALINDO, 2015, p.94-95).

Observa-se que o Brasil na verdade adota de uma política de esquecimento quanto à ditadura militar, como se tentasse “apagar com uma borracha” esse período da história brasileira, o que significa que ao não cumprir uma justiça transição efetiva em todas as suas dimensões dá vez ao aparecimento de outro período de exceção diante da fraca solidificação da democracia.

Ademais, não se pode desconsiderar as constantes reformas legislativas e executivas para a supressão de direitos fundamentais, a retirada de uma presidente democraticamente eleita sem fundamentação idônea e a manutenção de um governo com altos índices de reprovação denotam que a democracia brasileira não se consolidou de uma forma plena, apontando-se a ausência de uma justiça de transição efetivada em todas suas dimensões como uma das causas. A partir do momento que não é construído no seio da sociedade a consciência da luta e importância por um regime democrático, bem como das atrocidades do período da contemporaneidade brasileira que mais violou direitos humanos, com uma consequente punição para esses fatos, torna-se a nação alvo possível de repetição de tais fatos em um ciclo sisífico.

O Estado brasileiro ao ter incorporado medidas de anistias aos autores de violações de direitos humanos, mostra-se um intento de esquivar-se do cumprimento do eixo da justiça material, argumentando que efetiva uma política justiça de transição através de reparações financeiras às vítimas e seus familiares e construção de alguns monumentos que se referem ao período da ditadura militar. Contudo, como já restou evidenciado, a



justiça de transição só se efetiva plenamente quando todas as suas dimensões são consolidadas, em compatibilidade com as normas internacionais dos direitos humanos.

Em relação à Suprema Corte Constitucional brasileira, o STF, vale ressaltar que sua composição atual já difere da que emanou a decisão em 2010 sobre a validade da lei da anistia, atrelado ao fato que há um contínuo amadurecimento da Suprema Corte Constitucional brasileira no tocante ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o que poderia acarretar em outra posição por parte desta Corte quando provocada novamente em âmbito internacional sobre a revisão parcial da lei da anistia, aliada a uma constante provocação por meio de setores da sociedade por um maior engajamento e educação política sobre a questão.

REFERÊNCIAS

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório de Admissibilidade n. 80/12.8** de novembro de 2012. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2012port/BRAD859-09PO.DOC> Acesso em :13/08/2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arrelano e outros. Vs. Chile.** Sentença de 26 de setembro de 2006. Exceções, preliminares, mérito, reparações e custas. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 28 de outubro de 2017

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Júlia Gomes Lund e outros vs. Brasil.** Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 28 de outubro de 2017.

GALINDO, Bruno. **Constitucionalismo e Justiça de Transição: em busca de uma metodologia de análise a partir dos conceitos de autoritarismo e democracia** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: EdUFMG, no. 67, jul./dez., 2015.

GALINDO, Bruno. Justiça de transição em sua gênese: a Alemanha pós-nazismo. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, UniCeub, vol. 14, nº 1, 2017.

GENRO, Luciana. **Direitos Humanos: O Brasil no banco dos réus.** São Paulo: LTr, 2012.

GOMES, Luís Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários À Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.** 4ª Ed. 2013.



International Center for Transitional Justice (ICTJ) [*Centro Internacional para a Justiça Transicional*]. **Parecer técnicosobre lanatureza de loscrímenes de lesa humanidad, laimprescriptibilidad de algunos delitos y laprohibición de amnistías.** Disponível em: www.palermo.edu/derecho/centros/pdf-ictj/ICTJ_parecer.pdf. Acesso em: 27 de outubro de 2017.

International Center for Transitional Justice (ICTJ) [*Centro Internacional para a Justiça Transicional*]. Parecer Técnico sobre a natureza dos crimes de lesa-humanidade, a imprescritibilidade de alguns delitos e a proibição de anistias *In* Revista anistia – política e justiça de transição. Ministério da Justiça. – N. 1(jan. / jun. 2009). -- Brasília : Ministério da Justiça , 2009. P. 383-384. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2009revistaanistia01.pdf>. Acesso em: 28 de outubro de 2017.

LIRA, YulganTenno de Farias Lira. **Controle de Convencionalidade: a tutela coletiva dos tratados internacionais de direitos humanos.** Ideia. João Pessoa, 2016.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL- Conselho Federal –**Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153.** Disponível: http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF_anistia.pdf. Acesso em: 29 de outubro de 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Sistema de Petições e Casos: Folheto informativo,** 2010, p. 7-8, disponível em:http://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_port.pdf. Acesso em: 05 de novembro de 2017

PIOVESAN, Flávia. **Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado.** São Paulo: Editora DPJ, 2008.

REBUCCI, Mariana Alves. Transconstitucionalismo: as bases de um constitucionalismo global e breves notas sobre a experiência nacional no tema. In: PIOVESAN, Flávia. FACHIN, Melina Girardi (coord.) **Direitos humanos na ordem contemporânea: proteção nacional regional e global.** Vol. VI. Curitiba: Juruá, 2015

ZYL, Paul van. Promovendo a Justiça Transicional em Sociedades Pós-conflito In:**Justiça de Transição: manual para a América Latina.**REÁTEGUI, Félix (org). –Comissão de Anistia, Ministério da Justiça: Brasília; Centro Internacional para a Justiça de Transição: Nova Iorque, 2011.





MULTICULTURALISMO NA MODERNIDADE:

ENTRE LIBERALISMO, COMUNITARISMO E INTERCULTURALISMO

.....
André Ribeiro de Aquino¹

1 INTRODUÇÃO

O conceito de mundo moderno empregado neste artigo é marcado por algumas características notórias: a) o crescente desenvolvimento industrial e tecnológico, produtor de uma cultura de consumo em massa que incentiva a propriedade individual; b) o aumento populacional desordenado, que motiva uma concentração cada vez maior de pessoas em ambientes urbanos sem o adequado planejamento; c) uma política capitalista mais voltada para o lucro e menos focada na qualidade de vida, causando distorções socioeconômicas moderadas e graves e d) a convivência de comunidades culturais diferentes num mesmo território.

Esse último ponto é o que vai denotar o conceito de multiculturalismo em sua forma descritiva ou fática, em outras palavras, a presença de diferentes culturas numa mesma época e num mesmo lugar, este comumente delimitado pela definição geopolítica de Estado. Já os três pontos anteriores são relevantes para a acepção prescritiva ou normativa de multiculturalismo, que busca estabelecer como a manifesta diversidade cultural deve interagir entre si. Destarte, tal noção de multiculturalismo apresenta também caráter descritivo, porquanto examina o modo pelo qual as distintas comunidades culturais se relacionam, firmando um modelo teórico e fático que irá funcionar como ponto de partida para que se apontem problemas e se teçam críticas construtivas a fim de se criar uma nova proposta de cunho abstrato e – até certo ponto – utópico para regular o contato cultural, que pretende orientar as políticas públicas e as relações sociais (HALL, 2003, p. 52).

¹ Mestrando em Direito na América Latina pelo PPGD/UFPE. Bacharel em Direito pela UFPE.



Para evitar o uso de uma definição dúbia de multiculturalismo, alguns autores, preferem separar as formas descritiva e prescritiva, cada qual com seu termo. João Cardoso Rosas (2007, p. 47) designa "sociedade multicultural" como substituto do multiculturalismo em sua dimensão fática, mantendo "multiculturalismo" apenas com seu significado normativo. Parekh (2000, p. 4-6) segue essa mesma linha, mas vai ainda além, separando o adjetivo "multicultural" para tudo que se relaciona à finalidade descritiva e "multiculturalismo" para a finalidade prescritiva, adotando o adjetivo "multiculturalista" nesse segundo caso. Este artigo irá utilizar os mesmos termos que Bikhu Parekh para evitar ambiguidade.

Os principais tipos de multiculturalismo podem ser agrupados sob três grandes grupos: liberalismo, comunitarismo e interculturalismo (também chamado de interculturalidade). Desse último grupo, aqui será exposta somente a visão do autor de raiz pós-colonialista Bikhu Parekh. É importante salientar que para a autora Catherine Walsh (2012, p. 64) – ligada ao projeto modernidade/(de)colonialidade – o interculturalismo europeu seria apenas o tão criticado multiculturalismo liberal com uma nova roupagem, não podendo ser confundido com o que ela chama de interculturalidade crítica. Essa sim visa a libertação e o empoderamento pautada na luta dos movimentos sociais que tentam se libertar do ranço colonial que ainda paira na América Latina. Embora esse pensamento mereça todo o respeito, esse artigo não se afilia a ele por entender que ele desprezaria a rica contribuição que o movimento pós-colonialista europeu pode oferecer.

2 MULTICULTURALISMO LIBERAL

O discurso liberal que impactou o mundo durante as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, influenciado pela ética cristã que prega a igualdade de todos perante Deus, defendia que todos deveriam ser iguais perante a lei, o que representou um grande avanço porque buscava pôr fim aos privilégios de nascimento e de classe existentes na época, para dar lugar a uma sociedade meritocrática, ao menos em seu plano formal.



Cabia ao Estado criar normas jurídicas que fossem gerais e impessoais, cuja incidência poderia recair sobre qualquer indivíduo (JUNIOR, 2005, p. 104).

Derivada dessa impessoalidade legislativa surge a ideia que as regras são feitas para um único ser indeterminado que pode ser substituído no caso concreto por qualquer pessoa, ensejando o individualismo. Este não transcorre apenas daí, mas também da valorização da autonomia da vontade e da escolha consciente dos sujeitos particulares. Tal multiculturalismo não estima a diversidade cultural pelo seu valor inerente, mas sim porque esta abre o leque de possibilidades, maximizando o universo total de opções importantes (DAMÁZIO, 2008, p. 68). No entanto, as opções não relevantes acabam marginalizadas, sendo celebradas apenas por serem diferentes, mas jamais por serem viáveis. Por essa razão, culturas não dominantes como as indígenas, as ciganas e as de raízes afro não recebem espaço de representação na sociedade mais ampla e nem têm políticas adequadas direcionadas, cujo conhecimento pela cultura dominante se dá quase sempre através de estereótipos.

Peter McLaren (2000, p. 119-120) nomeia essa modalidade de multiculturalismo humanista liberal. Ela enxerga a todos como iguais justamente por sua condição humana, não fazendo distinção entre etnia, cultura, patrimônio ou outras características. Isso pode ter representado um avanço em tempos longínquos, em que o próprio ordenamento jurídico garantia vantagens inacessíveis a certa parcela da população independentemente de seu esforço, mas hoje em dia não é mais factível. Ao partir do princípio de que todos são iguais, ignora-se que nem todas as pessoas possuem o mesmo acesso às oportunidades, de modo que aqueles que encontram sucesso nesse modelo de sociedade são justamente os que já tinham boas condições socioeconômicas antes disso, mantendo as desigualdades de um modo estrutural. Aqueles menos favorecidos necessitam de muito mais esforço para conseguir alcançar uma boa qualidade de vida, o que torna a propaganda meritocracia liberal uma ilusão.

Também é chamado de multiculturalismo assimilacionista porque as maiores e melhores chances de boa vida estão ao alcance daqueles que pertencem à cultura



dominante, de modo que se gera uma tendência de membros de comunidades culturais marginais abandonarem sua identidade cultural para assumirem outra de maior destaque na sociedade, propensa a lhes dar superiores ocasiões favoráveis. Para Parekh (2000, p. 6) essa corrente não pode ser considerada uma forma de multiculturalismo porquanto estimula a absorção das comunidades culturalmente diversas pela cultura preponderante, uniformizando a sociedade e atuando de modo a aniquilar as diferenças em prol somente de uma subdiversidade cultural integrante a uma cultura única.

3 MULTICULTURALISMO COMUNITARISTA

Esse modelo assemelha-se ao liberal apenas quanto à valoração do sentimento de pertença e das relações entre os indivíduos e comunidades culturais. No entanto, enquanto o liberalismo coloca o individual à frente do coletivo ao valorizar a diversidade apenas pelos benefícios singulares que ela fornece, o comunitarismo acredita na felicidade particular através da estima pretérita da comunidade cultural sobre o indivíduo. Isso porque cabe à comunidade guarnecer as pessoas com os valores e objetivos a que buscam, cambiando a noção liberal de que o coletivo deve se constituir pela soma dos particulares. Nessa corrente, o coletivo existe previamente ao individual e dá a ele o contexto que fornece seu sentido e orienta sua existência, de modo que a comunidade deve ser prevalente, colocada acima da própria satisfação dos sujeitos (DAMÁZIO, 2008, p. 68).

Outra diferença é que o liberalismo propõe uma moralidade universal ajustada à valores libertários essenciais que deve ser seguida por todos os grupos para que sua existência seja possível e tolerada, garantindo ao menos certo grau de autonomia aos seus membros. Já o multiculturalismo comunitarista rejeita esse universalismo e abraça um relativismo, inclusive quanto à interpretação dos direitos humanos, pregando que a análise de práticas e condutas coletivas específicas deve levar em conta tão somente o contexto cultural a que estão imersas (SILVEIRA; NEPOMUCENO, 2016, p. 78).



Essa perspectiva relativista é frequentemente associada à uma visão estática e essencialista da identidade cultural produzida nas comunidades, que se fecham à influência externa para serem analisadas apenas segundo seus próprios valores, dificultando a interação entre diferentes culturas e resultando numa hierarquização que depende do *locus* cultural em que se encontra. Isso promove o isolamento dos grupos culturais com verdadeiros *apartheids* socioculturais, como forma de evitar o contato com a sociedade mais ampla. Por essas razões, essa modalidade também é conhecida como multiculturalismo diferencialista ou monoculturalismo plural (CANDAU, 2008, p. 50-51).

4 MULTICULTURALISMO INTERCULTURAL PÓS-COLONIALISTA DE BIKHU PAREKH

O autor propõe uma visão multiculturalista que é um meio termo entre a liberal e a comunitária. Enquanto a primeira segue o monismo ao propor, oriunda em algum grau da natureza humana, uma moralidade universal a que todos devem se submeter, a segunda enxerga a moral como um conjunto diretamente dependente da cultura, razão pela qual não há universalidade de valores, tão somente sua relatividade, portanto o julgamento de uma prática ou conduta deve levar em conta a essência cultural com ela relacionada. Já Parekh sugere que se adote o universalismo mínimo para julgar outras culturas, assumindo que há sim valores universais que integram um piso moral, mas que eles são diminutos e sua interpretação ainda varia conforme a cultura. Para tanto, considera que tais valores universais mínimos são tão primários a ponto de não entrarem em conflito entre si, serem autoexplicativos – semelhante à ideia de conceito primitivo que é adotada especialmente nas ciências exatas – e serem ainda unívocos, isto é, possuam o mesmo significado em diferentes comunidades culturais, senão não seria um tipo de universalismo, mas sim de relativismo. (PAREKH, 2000, p. 126-127).

A identificação desses valores universais mínimos deve se dar pelo diálogo universal ou transcultural, cujo procedimento permite um debate livre e binário, sempre limitado pela finalidade assertiva ou dissociativa, acompanhada das razões que a fundamentam,



deixando claro que tais razões não precisam ser de cunho técnico. Mesmo obtidos os valores, sua interpretação não é uniforme. É indiscutível que o respeito pela vida humana é um valor universal, já que é impossível pensar em vida em sociedade sem isso, no entanto a delimitação de quando uma vida começa ou termina pode diferir a depender da cultura. É o caso de países que permitem o aborto até determinada semana por entenderem que dentro daquele prazo ainda não se desenvolveu vida humana, enquanto em outros lugares já se considera vida na própria concepção (*ibidem*, p. 127-135).

Parekh (2000, p. 106-108) não é ingênuo de achar que é possível um Estado culturalmente neutro para administrar sua versão multiculturalista. A simples definição de licitude ou ilicitude de temas como incesto, suicídio, pena de morte, aborto, casamentos forçados ou divórcios já implica numa posição moral estatal. Todavia, não lhe agrada a ideia de Estado mínimo porque algumas culturas necessitam do apoio político e econômico para sobreviverem. Também não é adepto da separação entre público e privado para lidar com o multiculturalismo. A ideia ocidental de um ambiente público monocultural e um ambiente privado multicultural não é boa porque a seara pública tem maior visibilidade e prestígio, o que causa um estímulo à cultura adotada, inferiorizando outras culturas e as empurrando para a esfera privada, o que causa a tendência assimilacionista sempre presente no multiculturalismo liberal.

Ele prega que deve haver uma cultura comum que sustente a sociedade multicultural, cujo crescimento depende necessariamente da interação entre as culturas diversas conviventes e da estima pelo respeito e pela pluralidade:

Como todas as culturas, a cultura interculturalmente criada e multiculturalmente constituída é de um crescimento não planejado. Seu conteúdo é amplamente, mas não universalmente acordado, e continua sujeito à disputa. É relativamente aberta, mesclada, puxa em direções diferentes e está constantemente em construção. Tem coerência e estabilidade suficientes para tornar possível a comunicação intercultural, mas não o suficiente para evitar a contestação periódica. Uma vez que cresce a partir da interação entre diferentes culturas, é internamente plural e ambas as unem e respeitam sua diversidade. Nem todos os membros da sociedade aprovam todos os seus aspectos igualmente, mas todos acham o suficiente para



possuí-la como deles e dar-lhe diferentes graus de comprometimento² (*ibidem*, p. 221)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O vigente artigo agrupou vários tipos diferentes de multiculturalismo sob três correntes.

A liberal é a mais comum no Brasil e no resto das sociedades ocidentais, com a predominância de uma cultura e a inferiorização e invisibilização de outras, o que contribui para a manutenção ou mesmo o aumento da desigualdade socioeconômica. Ela uniformiza os cidadãos e os trata igualmente, não se adequando às diferentes necessidades de cada grupo.

A comunitária privilegia o coletivo sobre o indivíduo, no entanto esse coletivo está limitado apenas às comunidades culturais. Não possui uma perspectiva macro de interação entre as diferentes comunidades culturais, o que se mostra inviável principalmente no mundo globalizado atual em que o fluxo de bens, pessoas e informações é tão rápido, sendo inevitável o diálogo entre diferentes grupos.

Já o interculturalismo foi trabalhado pela teoria multiculturalista de Bikhu Parekh, que sugere um meio-termo entre o universalismo e o relativismo através do universalismo mínimo. Ele analisa a necessidade da identificação de valores universais mínimos e de seu uso na formação de uma cultura comum de ordem pública, constituída por meio das relações interculturais saudáveis entre as diferentes comunidades culturais integrantes da sociedade, cuja finalidade é trazer a pluralidade de culturas para a esfera pública, combatendo a invisibilização sociocultural.

²Tradução do original: "Like all cultures the interculturally created and multiculturally constituted culture is an unplanned growth. Its contents are broadly but not universally agreed, and remain subject to dispute. It is relatively open-ended, multistranded, pulls in different directions, and is constantly in the making. It has enough coherence and stability to make intercultural communication possible but not enough to escape periodic contestation. Since it grows out of the interaction between different cultures, it is internally plural and both unites them and respects their diversity. Not all members of society approve of all its aspects equally, but they all find enough in it to own it as theirs and give it different degrees of allegiance".



REFERÊNCIAS

DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter. Multiculturalismo versus Interculturalismo: por uma proposta intercultural do Direito. *Desenvolvimento em Questão*. Unijuí, v. 6, n. 12, p. 63-86, jul./dez., 2008.

HALL, Stuart. *Da diáspora: identidades e mediações culturais*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, 434p.

JUNIOR, Hédio Silva. O princípio da igualdade e o direito de igualdade processual. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito da Universidade Metodista de São Paulo*. São Paulo, v. 2, n. 2, p. 101-134, 2005.

MCLAREN, Peter. *Multiculturalismo crítico*. São Paulo: Cortez, 2000, 239p.

PAREKH, Bhikhu. *Rethinking Multiculturalism: cultural diversity and political theory*. Londres: Macmillan Press, 2000. 379p.

ROSAS, João Cardoso. Sociedade multicultural: conceitos e modelos. *Relações Internacionais*, Lisboa, v. 14, p. 47-56, jun. 2007.

SILVEIRA, A. R. de; NEPOMUCENO, A. M., O multiculturalismo como filosofia política: caminhos para uma justiça social. *Revista de Teorias e Filosofias do Estado*. Brasília, v. 2, n. 1, p. 70-91, jan./jun. 2016.

WALSH, Catherine. Interculturalidad y (de)colonialidad: Perspectivas críticas y políticas. *Visão Global*. Joaçaba, v. 15, n. 1-2, p. 61-74, jan./dez. 2012.



DIREITO E GÊNERO





ALTERAÇÃO DO NOME CIVIL COM A TRANSGENITALIZAÇÃO E O DEVER DO ESTADO DE GARANTIR A PLENA DIGNIDADE DA PESSOA TRANSEXUAL

.....

Maria Luísa Oliveira Mergulhão de Freitas Henriques¹

Paulo Francisco de Barros²

Virgínia de Carvalho Leal³

1 ENTENDENDO O MUNDO TRANS E SEUS CONCEITOS

1.1 SEXUALIDADE, IDENTIDADE INDIVIDUAL E GÊNERO

É de bom tom evidenciar a diferença entre sexualidade, identidade individual e gênero. A primeira, sexualidade, não abrange unicamente a questão do desejo e orientação sexual; de acordo com Altmann (2001) “o desenvolvimento de campos de conhecimento diversos; a instauração de um conjunto de regras e de normas apoiadas em instituições religiosas, judiciárias, pedagógicas e médicas; mudanças no modo pelo qual os indivíduos são levados a dar sentido e valor a sua conduta, desejos, prazeres, sentimento, sensações e sonhos” incluem boa parte do que pode-se congrega no real significado do termo.

A segunda, identidade individual, é definida como um processo dinâmico, o qual perfaz todo o período da existência social, quanto à noção de unicidade e equilíbrio, bem como nos primeiros anos da infância do ser humano, enquanto criança e seus sentimentos sentidos.

¹ Mestre em Desenvolvimento de Processos Ambientais.

² Graduando de Bacharelado em Direito.

³ Professora Substituta de Direito Ambiental na Universidade Federal de Pernambuco; Professora Adjunta da Faculdades Integradas AESO Barros Melo / FIBAM e Faculdade Nova Roma. E-mail: virginiacleal@gmail.com.



Por fim, o terceiro e último elemento, gênero, é conceituado de acordo com o documento que prevê os Princípios de Yogyakarta, definido como:

“a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo. O exercício do direito à identidade de gênero pode envolver modificações da aparência ou da função corporal através de meios farmacológicos, cirúrgicos ou de outra índole, desde que isso seja livremente escolhido. Também inclui outras expressões de gênero, como a vestimenta, os modos e a fala.”

A racionalidade que fundamenta as identidades trans baseia-se no desacordo entre sexo e gênero, e pressupõe que, por um lado, o sexo é determinista, sendo definido pela natureza e externado pelo corpo orgânico, biológico e genético, representando uma categoria que ilustra a diferenciação biológica entre homens e mulheres, e, por outro lado, o gênero, é construtivista, na medida em que é considerado uma construção histórica e social (ARAN, 2006). De acordo com o estudo realizado, o gênero trata-se de uma performatividade assumida pelo indivíduo por um complexo de aspectos, não restringindo-se apenas ao cunho biológico. Apoiados nas palavras de Sarmiento (2006) “autonomia privada significa o poder do sujeito de auto-regulamentar seus próprios interesses, (...) e tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral”; conclui-se então que, cabe a cada indivíduo o poder do direcionamento de sua vida, valendo-se da liberdade de escolhas pessoais, desde que estas não violem direitos alheios aos seus, de acordo com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Judith Butler (2002) defende que, sexo – homem e mulher – não é uma condição estática e sim “uma construção ideal forçosamente materializada através do tempo.”. Foucault (2015), por sua vez, defende que o sexo é resultado complexo de uma experiência histórica singular e não é uma invariante (uma constante), um dado natural, passível de diversas manifestações. Para se falar de sexo, faz necessário considerar a produção dos saberes que o constituem, os sistemas de poder que regulam suas práticas e as formas por meio das quais os indivíduos podem e devem identificar-se como sujeitos sexuados.



1.2 DIREITO AO NOME: CIVIL E SOCIAL

De acordo com o Art. 16 do Código Civil de 2002, todo ser humano tem direito ao nome para gozar de garantias de sua nacionalidade, dos direitos fundamentais, direito a sucessão e partilha de bens, realizar negócio jurídico, bem como arcar com seus direitos e deveres na esfera política e social. O nome civil vem a ser, portanto, o nome de batismo pelo qual somos registrados, de acordo com o texto inframencionado:

Artigo 16, *Caput*. "Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome."

No caso do nome social adotado pelas pessoas trans, este é visto e conceituado pelo Ministério da Educação como aquele pelo qual as pessoas trans se identificam e são identificadas pela sociedade, e assim exerce o papel fundamental no exercício da cidadania. Assim, no que diz respeito ao nome social da mulher e do homem trans, podem identificar-se socialmente por um nome que reflete a sua aparência, ela ou ele se sentindo suficientemente confortável para abandonar a invisibilidade que caracteriza sua existência (LUSSAC, 2016), como relatado por grande número de pessoas que enfrentam essa realidade e se definem como "invisíveis".

Diferentemente da aplicação do nome civil e social, os pseudônimos não se enquadram como a mesma natureza de cada um, pois, ele não altera o nome civil (do antigo para o novo nome civil escolhido) e nem mesmo possui a função do nome social (dando ciência da identidade individual da pessoa trans), como demonstrado no texto extraído do Código Civil, em seu Artigo 19:

Caput. "O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza de proteção que se dá ao nome."

Ou seja, o pseudônimo protege o nome civil enquanto apenas o pseudônimo em si é exposto.

Argumentando em favor das necessidades das pessoas e dos direitos humanos, o Artigo 1º, *Caput*, III, CF/88 assim diz:



.....

“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: III – a dignidade da pessoa humana.”

O artigo supracitado da Constituição Federativa do Brasil, de 1988, dá suporte à possibilidade argumentativa da troca do nome civil sem necessidade de autorização judicial, uma vez que manifesta a ação de grau máximo de respeito à autonomia privada da pessoa transexual, o que traz como consequência a liberdade como titular de direitos e deveres os quais não deixarão de ser cumpridos. Esta alteração possibilita a visibilidade de fato (em consonância com as normas constitucionais de respeito à dignidade da pessoa humana) de homens e mulheres trans que, por diversos problemas oriundos do preconceito ficam à margem da sociedade, sendo, portanto privados da maioria dos direitos sociais intrínsecos de qualquer ser humano.

No Direito Civil Brasileiro, precisamente no Código Civil, portanto, o Artigo 17, *Caput* atesta o seguinte texto:

“O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória”.

Infelizmente esta é uma realidade diária e bastante próxima deste grupo humano.

Devido a esses maus tratos contra quem eles de fato são e representam, elenca-se um hall de problemas que afeta crianças, adolescentes e adultos transexuais. O sofrimento acompanha a vida da pessoa trans já desde muito cedo, desde a fase escolar, a partir de brincadeiras difamatórias, pejorativas e apelidos ofensivos e “inocentes”. De acordo com relatos divulgados na mídia e redes sociais, por assumirem sua real identidade nos ambientes públicos e privados, eles e elas vivem diversos transtornos, são alvos de preconceito, agressões verbais (reconhecida pelo grupo LGBTTTQ) por transfobia.

Um dos fatores que mais dificulta a vida dos homens e mulheres trans no Brasil é que no país não há uma norma específica para tratar a questão, de maneira que, cada cartório ou tribunal julga de maneira diferente. Assim, esta falta de norma única aumenta a



possibilidade de preconceito, constrangimento e exclusão social. Este último problema, por sinal, é a causa do enorme índice de evasão escolar da realidade brasileira; além disso, é também o motivo de imersão no mundo da prostituição para garantir, minimamente, sua sobrevivência. Por todo o tipo de situação opressora que sentem na pele, os meninos e meninas trans abandonam seu direito a educação, garantido no Artigo 6º, *Caput* da Constituição Federativa do Brasil, no qual lê-se:

“São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

No tocante também ao direito ao trabalho, descrito nos direitos sociais, homens e mulheres trans afirmam que recorrem à prostituição devido à falta de emprego e oportunidade ofertada a eles e a elas. Quando trabalham e seus colegas descobrem que trata-se de um homem ou uma mulher trans, são alvo de todo tipo de inferiorização; o que também é mais um ato de abuso e desrespeito aos Princípios Fundamentais, Direitos e Garantias Fundamentais e os Direitos Sociais, ferindo a dignidade da pessoa humana, como evidenciado no artigo 7º (abaixo), contrariando os incisos II, III e IV da Constituição Federativa do Brasil.

Artigo 7º, *Caput*, XXX: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXX- proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”

1.3 PROCESSO DE TRANSGENITALIZAÇÃO

A transgenitalização é o nome dado ao processo de redesignação sexual, tanto para o homem quanto para a mulher trans. No que se refere aos nomes dados às cirurgias de criação do novo pênis, intitula-se neofaloplastia, enquanto que, para a criação da nova vagina, neocolpovulvoplastia.

A primeira operação de transgenitalização feita legalmente no Brasil foi em 1998, no Hospital das Clínicas da Universidade de Campinas, em São Paulo. O procedimento foi autorizado um ano antes pelo Congresso Federal de Medicina como cirurgia experimental.



A cirurgia supracitada é associada apenas à operação de mudança de sexo, muito embora todo o processo de readequação sexual implique em várias intervenções cirúrgicas e médicas que ajudam o homem ou mulher trans a expor fisicamente o seu corpo, de acordo com a sua identidade de gênero. Implantes de silicone, por exemplo, são de fundamental importância para o processo de reajustamento corporal do transexual, sendo este um desafio que as unidades hospitalares enfrentam, especialmente no setor público, uma vez que são peças consideradas de estética. No entanto, no caso de mulheres trans, trata-se de um procedimento reparador

Artigo 5º, *Caput*, II, III: "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 a propriedade, nos termos seguintes: II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; III- ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante."

Quanto à realização dos procedimentos transexualizadores pelo SUS, os candidatos necessitam se submeter à avaliação e acompanhamento de uma equipe multidisciplinar por, no mínimo, dois anos. O quadro de profissionais é elencado por vasto grupo multidisciplinar, constando de: psiquiatras, endocrinologistas, psicólogos e assistentes sociais.

A demora para a realização da cirurgia de redesignação sexual é uma queixa comum entre os que estão na fila de espera pela operação que, segundo relatos, pode levar, em média, de dez a 12 anos. Os procedimentos para adequação do corpo de quem não se identifica com o sexo biológico são oferecidos pelo SUS em uma escala muito menor do que a demanda. São realizados procedimentos de transexualização em todo País, entre cirurgias de redesignação sexual, retirada das mamas, plástica mamária reconstrutiva (incluindo a colocação de próteses de silicone) e tireoplastia (troca da voz).

Dados estatísticos que declaram: a cada 12 dias, em média, uma pessoa passa pela transgenitalização. Isso representa mais um fator de demora para quem espera a vida inteira pela sua vez.



2 DIGNIDADE DA PESSOA TRANSEXUAL

A transexualidade, dentre as diversas facetas da sexualidade humana, certamente é a mais intrigante, incompreendida e talvez a mais sofrida. É o que apontam os inúmeros relatos colecionados por transexuais, que enfrentam o preconceito diariamente, dentro e fora de casa, com estranhos e familiares. Essa realidade de milhares de homens e mulheres trans é fruto da falta de acolhimento, defesa e apoio da própria família diante dessa situação tão delicada.

Para salvaguardar com mais garantias aplicadas e efetivas, os direitos das pessoas trans devem ser amparados e positivados em leis em prol do provimento do bem social, como afirmam os objetivos fundamentais da Constituição Federativa do Brasil, com o intuito de oferecer mais qualidade de vida aos homens e mulheres transexuais. Assim aponta o texto legal abaixo:

Artigo 3º, *Caput*, II, IV, CF/88, respectivamente: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: II- garantir o desenvolvimento nacional; IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

O Preâmbulo da Constituição Federativa do Brasil, de 1988, assegura ao povo brasileiro diversos valores os quais são claramente violados e ceifados às pessoas trans, como os negritados abaixo:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos **direitos sociais e individuais**, a **liberdade**, a **segurança**, o **bem-estar**, o **desenvolvimento**, a **igualdade** e a **justiça** como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”



2.1 PROJETO DE LEI JOÃO W. NERY

Em 2013 o Brasil apresentou o projeto de lei (PL) nº 5.002/2013 apelidado de Projeto de Lei João W. Nery apoiado pelo Deputado Federal Jean Wyllys, filiado do PSOL/RJ, em parceria com a Deputada Federal Érika Kokaya, do PT/DF. Autor do livro narrativo autobiográfico, “Viagem Solitária”, Nery relata a saga vivida por ele e demonstra, portanto, que trata-se de um testemunho imprescindível para entender o quanto a reforma legal proposta foi necessária. Para driblar uma lei que lhe negava o direito a ser ele mesmo, João teve que renunciar a tudo: sua história, seus estudos, seus diplomas, seu currículo. Foi só assim, com documentos falsos, analfabeto nos registros apesar de ter sido professor universitário, que ele conseguiu ser João. A presente lei, batizada com o nome de João Nery, numa justa homenagem a ele, objetiva garantir que isso nunca mais aconteça a outras pessoas que vivem a mesma situação.

Totalizando seus 14 artigos, o plano visa garantias de importância não apenas no que tange ao reconhecimento de auto-identidade de gênero (Art. 1º, I), mas também traz garantias de retificação registral de sexo, mudança do prenome e imagem evidenciada no documento pessoal, de acordo com o Art. 4º. Além disso, o Parágrafo único, fechando os pontos iniciais da matriz da lei, diz que: “Em nenhum caso serão requisitos para alteração do prenome: I - intervenção cirúrgica de transexualização total ou parcial; II - terapias hormonais; III - qualquer outro tipo de tratamento ou diagnóstico psicológico ou médico; IV - autorização judicial.”.

2.2 SITUAÇÃO DOS TRANSEXUAIS NO MUNDO (FALTA LEI NO BRASIL E TEM NA AGT)

Representando a América Latina no que se refere a esse tipo de avanço social, a Argentina está a apenas três anos da aprovação da Lei de Identidade de Gênero, reconhecida aos seus cidadãos e cidadãs transexuais.



A Lei de Identidade de Gênero, na Argentina, trouxe transformação significativa ao Estado quando passou a não mais considerar a transgênicidade como patologia. O texto ainda prevê que os indivíduos trans, quando assim se autoperceberem, podem manifestar sua vontade de mudança de sexo, prenome e imagem em seus documentos apenas através de um simples formulário, sem muita delonga ou mesmo aprovação judicial, garantindo a eles e a elas o reconhecimento político e jurídico devido.

Sancionada no ano de 2012 a lei já atendeu a mais de 4.000 pessoas quanto à conquista do registro do nome social. Como exemplo de iniciativa inédita que se tenha conhecimento, foi a primeira a abrir precedente mundial por se tratar de ser a única que não cataloga a comunidade trans como patologia. A Lei de Identidade de Gênero preza sem cessar pelo respeito em todo o momento à identidade de gênero da pessoa, pelo nome social escolhido, adequação sexual através do procedimento cirúrgico, direito a tratamento hormonal. Tal ato fez surgir à necessidade de que médicos se capacitassem para realizar os dois tipos de cirurgias de grande porte (a neofaloplastia e a neocolpovulvoplastia).

O instrumento legal garantiu às pessoas, de acordo com o dispositivo previsto no seu Artigo 12, a possibilidade de, a partir do próprio requerente, o nome de escolha ser adotado, fazendo-se valer-se em âmbitos públicos e privados seus efeitos de intimidação, registro, arquivo, chamado e qualquer outra administração ou serviço. Sem este conhecimento, inúmeros indivíduos trans e travestis passam por situação de constrangimento ao serem chamadas por um nome que não corresponde a sua autodeterminação de gênero; tornam-se assim vulneráveis em atividades simples do cotidiano, como verificação de identidade nas eleições, fila de cinema, posto de saúde, etc. E, para erradicar este tipo de problema, a pessoa trans deve utilizar-se de seu direito adquirido (o de ter o nome social), bem como fazer valer àqueles que desconheçam o enunciado e comecem a aplicá-lo como deve ser, chamando pelo nome escolhido.

No Brasil ainda não existe uma forma única de tratar a questão entre os Cartórios de Registro Civil, o que faz com que cada órgão competente utilize-se de seus próprios



critérios, concedendo ou não a averbação no registro de nome e sexo do requerente transexual. Segundo o Supremo Tribunal Federal, não há no Estado brasileiro uma legislação que regulamente e determine a alteração imediata do registro civil. Assim, resta ao transexual pleitear judicialmente pela alteração. Não existe uma linha uniforme que todos os juízes e juízas sejam obrigados a seguir, exatamente devido uma enorme lacuna jurídica. Deste modo, uma análise combinatória de possibilidades desconexas ocorrem nas decisões judiciais, como por exemplo: uns permitem a mudança do prenome; outros não acatam o pedido, negando-o em sua totalidade; outras decisões permitem a alteração do prenome, determinando que a mesma seja feita com a ressalva da condição transexual do indivíduo, não alterando o sexo presente no registro; favoravelmente, há decisões que não só permitem a mudança do prenome como a do sexo no registro civil, dentre outros absurdos.

Em Portugal, o Conselho de Ministros justificou a proposta de lei que estabelece o regime de identidade de gênero pelo seguinte objetivo: "Tornar Portugal num país mais respeitador dos direitos humanos das pessoas transexuais e transgénero, assim como das pessoas intersexuais, estabelecendo procedimentos que garantam uma maior qualidade de vida e uma maior inclusão de um grupo social que é frequentemente alvo de discriminação, estigma e violência", de acordo com publicação da revista portuguesa Público, em abril de 2017.

3 CONCLUSÃO

Produzir, acadêmica e cientificamente, sobre o tema apresentado mostra-se de imprescindível importância como linha norteadora de base argumentativa que auxilia tanto no esclarecimento da sociedade, quanto no combate de comportamentos preconceituosos culturalmente reproduzidos.

Cabe ressaltar que as pessoas trans carecem de amparo estatal que traga mais celeridade na solução social, política e física, perante seu reconhecimento de identidade individual. Os usuários dos serviços do Estado frente a alteração do nome civil e as que



optam pela transgenitalização necessitam de menos burocracia para atingir sua realização de felicidade plena.

O Brasil deve tomar como exemplo o rumo do povo argentino quanto à simplificação do processo de troca de nome e imagem nos documentos civis sem necessariamente o indivíduo passar por triagem prévia nos centros de referência e, posteriormente, precisar ajuizar modificação do documento de identidade. Ainda, o Estado brasileiro deveria uniformizar o regimento nacional da averbação de nome civil em Cartórios de Registro Civil, bem como criar legislação específica.

Quanto à demora no procedimento cirúrgico, o Estado deve sanar os problemas existentes que colaboram com o retardamento excessivo das operações corretivas, bem como aumentar o número de intervenções cirúrgicas, num espaço de tempo menor.

REFERÊNCIAS

O direito dos indivíduos transexuais de alterar o seu registro civil <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/154275355/o-direito-dos-individuos-transexuais-de-alterar-o-seu-registro-civil> Disponível em: 13 set. 2017.

Esclarecimento sobre o Plano de Lei 5.002/13 <http://jeanwyllys.com.br/wp/esclarecimentos-sobre-o-pl-50022013-joao-nerly-no-que-tange-ao-direito-a-identidade-de-genero-de-pessoas-menores-de-18-anos-de-idade> Disponível em: 29 ago. 2017

Projecto do Governo não prevê género neutro. Proposta, que será discutida na próxima semana em Conselho de Ministros, ignora o parecer prévio do Conselho Nacional de Ética e Ciências da Vida. ANA CRISTINA PEREIRA <https://www.publico.pt/2017/03/30/sociedade/noticia/projecto-do-governo-nao-preve-sexo-neutro-nem-sexo-em-branco-1767004> Disponível em: 30 mar. 2017.

ARAN, M. **A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero.** [online], vol. 9, n. 1, PP. 49-63. ISSN 1516-1498, (*Rio de Janeiro: Ágora.*), 2006.

BUTLER, J. **Cuerpos que importan. Sobre los limites materiales y discursivos del "sexo".** Bueno Aires: Paidós, 2002.

CUNHA, P. P. **O Direito ao nome e as possibilidades de alteração do Registro Civil (TCC),** Pontífica Universidade Católica da Rio Grande do Sul – PUCRS, 2014.



FOUCAULT, M. **História da Sexualidade 1: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, pp. 07-18, 2015.

LUSSAC, R. L. **Identidade de gênero: como Brasil e Argentina tratam o direito ao nome de mulheres transexuais e travestis**. (Tese), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2016.

SAMPAIO, L.L.P.; COELHO, M.T.Á.D. **Transsexuality: psychological characteristics and new demands on the healthcare sector**. Interface - Comunic., Saúde, Educ., v.16, n.42, p.637-49, 2012.

SARMENTO, D. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. RJ: Lumen Juris, 2006.

.....



VIOLÊNCIA DE GÊNERO E MÍDIA: **ASPECTOS MORAIS DO DISCURSO MIDIÁTICO SOBRE CRIMES DE GÊNERO NO SERTÃO DO PAJEÚ – PE**

Jônatan David Santos Pereira¹
Nicole Louise Macedo Teles de Pontes²

1 INTRODUÇÃO

Não se constitui mais em novidade o fato de que o Brasil apresenta alguns dos piores percentuais de violência do mundo, não ficando atrás quando se trata de violência de gênero, em especial feminicídio, lgbtfobia e transfobia. No entanto, embora tenha se tornado comum a cobertura midiática desses casos quase que cotidianamente, ainda existe contenda em relação aos discursos que noticiam e reportam tais crimes. Levando em consideração o papel influenciador da mídia nas relações de socialização, ordenamento cultural e produção de comportamentos coletivos, torna-se cada vez mais necessário aprofundar as análises sobre a produção discursiva desses meios, especialmente no que diz respeito aos elementos morais e valorativos das suas reportagens-denúncias, atentando para como os tipos particulares de crimes como feminicídio, lgbtfobia e transfobia são relatados e como, tendo em vista sua ampla divulgação, podem reforçar estereótipos de gênero e de comportamento que mais prejudicam do que fortalecem as lutas por equidade.

Essa relação particular entre mídia e violência parece se tornar ainda mais relevante em contextos de espaços urbanos limitados e nos contextos rurais que formam a malha de distribuição de produção da vida cultural no Brasil. Se nos grandes centros urbanos podemos encontrar espaços onde a violência de gênero se perpetua, ainda que tenham

¹ Estudante de graduação do 5º período do curso de Direito da FIS – Serra Talhada.

² Doutora em Sociologia pela UFPB e docente da área de Sociologia na Universidade Federal Rural de Pernambuco – Unidade Acadêmica de Serra Talhada, UFRPE-UAST.



formas fortes e contundentes de controle, nas cidades de pequeno e médio porte do país, apesar da recente onda de implantação de equipamentos policiais e jurídicos de proteção a essas minorias, ainda veremos a reprodução das estruturas patriarcais e das estruturas heteronormativas que delineiam os comportamentos moralmente aceitos e reproduzidos nesses espaços.

Assim, é fácil encontrar nesses lugares uma intrincada relação de fortalecimento mútuo entre aquilo que é produzido como parâmetro cultural para os comportamentos moralmente louváveis, nesse caso em especial naquilo que diz respeito especificamente aos comportamentos sexuais e amorosos, e os discursos produzidos nos meios de comunicação local que tendem também a replicar os estereótipos adequados a esses padrões morais.

Levando em consideração esse contexto, o presente estudo tem como objetivo organizar e analisar dados provindos desses discursos midiáticos, constituindo como seu corpus de análise a produção das mídias digitais no Sertão do Pajeú. Buscamos, assim, observar o quanto se reporta e como são reportados os crimes de feminicídio, lgbtfobia e transfobia em um jornal online da região: Farol de Notícias. O trabalho aborda, tanto quantitativamente quanto qualitativamente, os dados da violência de gênero em parte do Sertão pernambucano, em especial o feminicídio, por um período de 6 meses, através de uma análise que tem como pano de fundo as discussões sobre justificação moral, encontradas nos textos de Boltanski e Thèvenot, bem como através da utilização de uma diversidade de autores que tratam da violência e violência de gênero de uma perspectiva multidisciplinar, envolvendo o direito e os estudos queer e feministas. Busca-se, finalmente, compreender quais os mecanismos de produção e reprodução dos discursos midiáticos que parecem reforçar aspectos particulares da violência de gênero local e regionalmente.

No decorrer da elaboração desse trabalho, foi observado que a forma mais contundente de violência com cobertura geral pela mídia em Serra Talhada foi a violência contra a mulher. A cobertura midiática que esse fenômeno recebe na região parece está



diretamente relacionada a mudanças recentes na história particular do município de Serra Talhada expressadas principalmente pela entrada de jornalistas mulheres no veículo de notícias estudado, pela criação de coletivos feministas e LGBT na cidade, pela ampla divulgação das ações de implantação e gestão do Centro de Referência de Atendimento à Mulher em situação de violência (CRAM)³ e pela recente aprovação, no estado de Pernambuco, do termo feminicídio como qualificadora do crime em espécie de homicídio previsto no artigo 121 do código penal.

Em razão dos aspectos discutidos acima, podemos considerar que o momento histórico em questão marca uma transição ou crise das estruturas morais em vigor (LIMA, 2016)⁴, especialmente no tocante aos discursos sobre relações amorosas, sexualidade e vida conjugal na cidade de Serra Talhada, gerando pontos de tensão que podem ser observados nos comentários e contra comentários as notícias no site do jornal. A transição proposta pela adição da qualificadora feminicídio ao crime de homicídio, posta em prática na produção do boletim de ocorrência nas delegacias de polícia também integra esse conjunto de elementos que descontrolam um conjunto de procedimentos morais redefinindo atos de violência doméstica como problemas a serem tratados no âmbito da vida pública e, portanto, sujeitos a lógica do ordenamento moral público e não privado.

Assim, o presente texto apresentará o município de Serra Talhada localizando seus problemas de violência dentro do contexto nacional e especificando alguns dos problemas de gênero relacionados a violência doméstica e ao patriarcalismo local, bem como as recentes mudanças que podem ter transformado alguns desses aspectos, para então seguir com uma breve discussão acerca do crime de feminicídio e sua construção jurídica. No terceiro momento será feita uma discussão acerca da produção midiática local e seus padrões de ordenamento moral e por fim, uma breve análise de como esse momento

³<http://faroldenoticias.com.br/cram-st-ganha-mais-um-equipamento-de-protecao-as-mulheres-tatiana-nao-vai-a-inauguracao/>

⁴ LIMA, Maria Helena (2016).



transicional poderá produzir um novo ordenamento moral mais inclusivo e menos violento.

2 MÍDIA E VIOLÊNCIA DE GÊNERO EM SERRA TALHADA – PE

A cidade de Serra Talhada está localizada na região do Médio Pajeú, sendo seu maior município. Ela conta com uma população estimada de 85.000 habitantes (IBGE, 2017)⁵ distribuídos na zona urbana e rural e é uma das cidades com maior índice de criminalidade do estado de Pernambuco. Serra Talhada também é conhecida como capital do Xaxado e como a cidade de nascimento de Lampião, o que marca culturalmente e historicamente sua população. Esse passado ligado a uma cultura patriarcal forte alimenta uma vasta rede de espaços de reprodução das relações de dominação masculina.

Em virtude de Serra Talhada ser uma cidade localizada no sertão pernambucano, há uma prática comum de agricultura, comércio, atividades voltadas para o âmbito rural, onde, por questões de costume, o homem detinha o poder familiar, dominava as relações de trabalho etc. Não que em outras cidades não exista esse tipo de comportamento social e cultural, como é o caso das grandes metrópoles com seus elevados índices populacionais. No entanto, essa reprodução do comportamento machista e a reprodução do falo como centro dos controles sociais é ainda frequente e recorrente. Não raro, as referências culturais locais dizem respeito a eleição de elementos simbólicos da masculinidade que fundamentam o aparato moral, especialmente naquilo que diz respeito a sexualidade e aos espaços das relações amorosas. Assim, podemos afirmar que a ordem da estruturação das relações sociais é constituída a partir do ponto de vista e da experiência do masculino. O patriarcalismo "é caracterizado por uma autoridade imposta institucionalmente, do homem sobre mulheres e filhos no ambiente familiar, permeando toda organização da sociedade, da produção e do consumo, da política, à legislação e à

⁵<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pe/serra-talhada/panorama>



cultura.” (BARRETO, Maria do Perpétuo Socorro Leite, p. 64). Exemplo deste processo é a ausência majoritária de mulheres na câmara de vereadores do município de Serra Talhada.

Em virtude desses elementos, basta que se observe e conviva cotidianamente com jovens adultos que iremos nos deparar com discursos acerca das lógicas de comportamento sexual que fomentam os padrões morais que reproduzem a velha dicotomia público X privado em sobreposição ao binômio masculino X feminino. Essa sobreposição guarda às mulheres, principalmente as jovens, um lugar particular de preparação para o domínio da esfera privada, especialmente naquilo que diz respeito as tarefas domésticas e a procriação.

Por essa razão, na busca da satisfação desse modelo do feminino que se produz dentro da estrutura patriarcal, o objetivo central das jovens serra talhadenses é casar assim que o período escolar esteja terminado (em alguns casos ainda antes que ele se finde). O domínio do masculino sobre suas vontades, revela uma organização moral que exclui dos espaços de possibilidade quaisquer ações que ao seu final e a cabo, não possam ser justificadas pela melhoria das condições de vida para garantia do cumprimento do papel de mães e esposas que lhes é imposto.

Tendo essa estrutura como pano de fundo, e não muito distinta das realidades que encontramos em diversos outros lugares, não nos surpreende que os índices de violência doméstica se multipliquem na cidade. Os números⁶ de lesões sofridas por mulheres resultando em morte são assustadores, havendo uma constância na perpetuação de tais atos.

Esse problema ainda se torna mais gritante quando passamos a considerar como a mídia, que historicamente exerce um papel importante na produção e reprodução dos repertórios morais que regem as ações sociais e produzem aspectos centrais da justificação das ações individuais (ver LIMA, 2016 e BOLTANSKI & THÈVENOT, 2006), se alinha aos processos de reprodução da organização social patriarcal (SÓLIO, 2012),

⁶<http://faroldenoticias.com.br/violencia-contra-a-mulher-aumentou-29-em-serra-talhada/>



revestindo suas notícias e seus textos de subtextos e linguagem subliminar que reforçam a posição de submissão e obediência das mulheres. Não raro, nos deparamos com notícias sobre violência doméstica e feminicídio onde as mulheres, regularmente vítimas, figuram de forma invisível ou de maneira objetificada, a partir do uso de uma linguagem jornalística que se reveste de um tom imparcial, objetivo e neutro, mas que produz corpos e realidades invisibilizadas.

Em concordância com esses aspectos, Marlene Sólío afirma que

os meios de comunicação oferecem forte contribuição no sentido de desfocar a atenção em relação as efetivas causas da situação precária desses atores sociais, enquanto fortalecem, no imaginário social, um verdadeiro estereótipo da violência, usando como estandarte, na verdade, o 'sintoma', e isolando o episódio selecionado do contexto social em que ocorre(2010 apud SÓLIO, 2012, p.226)

O uso permanente do jargão crime passional para casos de feminicídio em conjunto a outros aspectos particulares da forma de reportar crimes contra as mulheres, todos, conjuntamente, reforçam, portanto, as estruturas de dominação patriarcal que justificam a violência e a morte de mulheres cotidianamente.

Em Serra Talhada, esse processo não ocorre de maneira muito diferente, como vimos anteriormente. No entanto, no que diz respeito aos processos midiáticos de produção discursiva o que temos são dois momentos particulares que inserem uma quebra na geração de um discurso reprodutor dos elementos da ordem patriarcal para um discurso que se transforma e passa a construir um novo sentido moral e novo espaço para as mulheres. Três elementos fundamentais parecem fazer a diferença nesse processo: a entrada de uma mulher, feminista e militante negra, no corpo de produtores de notícias no blog pesquisado (em meados de 2015), as reivindicações locais pela delegacia da mulher que desaguaram na criação de um centro de referência para o atendimento de mulheres vítimas de violência e por fim, a recente inclusão da qualificadora feminicídio nos boletins e ocorrência, que demandam a suspensão do uso de violência passional como causa para crimes contra mulheres por sua condição de mulheres.



Essas três mudanças ocorridas num curto espaço de tempo, ajudaram a produzir notícias que destoam tanto do teor daquelas encontradas anteriormente no Blog como em relação ao padrão de reportagem produzidas por outros meios de comunicação local, como a rádio.

3 CRIME DE FEMINICÍDIO E SUA CONSTRUÇÃO JURÍDICA

Embora exista grande dificuldade em registrar os crimes praticados contra as mulheres, em especial, no sertão pernambucano, houve uma repercussão midiática de fora que atentou para uma maior visibilidade social, diga-se os meses em que a pesquisa foi realizada, que vai de novembro de 2016 a julho de 2017. A forma como esses crimes são retratados diante de todo o quadro que a sociedade contemporânea apresenta, ou seja, diante da reprodução intensa do sistema patriarcal, foi de fundamental importância para a tipificação dos crimes praticados contra as mulheres. Perceba que a necessidade de mudança nos parâmetros e nomenclatura jurídica criminal para tratar desses casos não se trata de uma fragilidade feminina, mas sim, de uma vulnerabilidade diante do sistema que se apresenta. No entanto, não há que se falar em feminicídio sem antes tratar do conceito criminológico, dos elementos e implantação deste no ordenamento jurídico brasileiro. O conceito é bem simples, note: crime se define como um ato humano contrário ao ordenamento jurídico, ou seja, há uma violação de um bem jurídico. São três os elementos do crime e serão abordados de forma sucinta, diga-se: o fato típico em si, o fato antijurídico e a culpabilidade.

O primeiro é uma conduta humana de caráter positivo ou negativo que é recepcionada pelo código penal como uma infração penal. O segundo trata-se de um fato previsto em lei e tido como contrário ao ordenamento jurídico. O último elemento é um juízo de reprovação social. É importante ressaltar que, sem alguns desses elementos, não há que se falar em crime. Destarte, é importante uma abordagem de tais elementos para que se entenda como se dá a entrada do crime de feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro, o clamor social e a necessidade histórica.



Em função do que foi dito, é possível perceber que o bem tutelado pelo Direito Penal no artigo 121 é a vida, no entanto, uma qualificadora de alteração do mesmo artigo protege uma vida que ainda é banalizada em função do sistema que se impõem às sociedades contemporâneas, a da mulher. A entrada do crime de feminicídio no nosso ordenamento jurídico ainda é recente, foi incluso em 2015 pela lei de nº 13.104, que alterou o artigo 121 do Código Penal. Não há tipificação em relação às agressões cometidas contra transexuais e qualquer indivíduo da comunidade LGBT, não havendo uma recepção, ainda, pelo nosso ordenamento jurídico. Espera-se uma reforma no próprio Código Penal, onde, possivelmente, haverá uma recepção dos crimes próprios contra a comunidade LGBT pelo ordenamento jurídico aqui ativo.

O feminicídio é o último estágio da violência contra as mulheres, havendo um número gritante, principalmente em relação aos parceiros íntimos, ou seja, percebemos uma aproximação com a própria violência doméstica, só que em nível elevado com resultado morte. É um crime motivado pela discrepância de gênero, principalmente, tratando-se de isonomia, dominação etc. Perceba que existe uma aproximação significativa da atuação da lei Maria da Penha com a qualificadora do homicídio (feminicídio), como dito, isso se deve ao fato de a violência, em sua grande maioria, partir de parceiros que estão em situação privilegiada no âmbito doméstico-familiar.

O crime de feminicídio não é um crime em espécie, mas sim uma qualificadora no crime de homicídio. Trata-se de um crime possível em virtude do menosprezo da condição feminina, isto é, só se aplica tal qualificadora caso haja a morte da mulher em virtude de sua condição, esse é o elemento essencial para que se tenha incidência no crime de feminicídio.

Uma reflexão antiga e que ainda perpassa um corpo de análises é o fato existencial sobre perguntas frequentes: Não deveria ser crime só em matar alguém? Por que existir uma tipificação própria para violência com resultado morte contra mulheres? Bom, a resposta é que ainda se reproduz de forma recorrente o que prega o sistema patriarcal. O Estado é responsável por conter essa onda de violências praticadas contra as minorias,



diga-se aqui, mulheres. Os números são alarmantes e por isso foi necessário tipificar, seguem os dados de que o Brasil ocupa o 5º lugar no ranking de 83 nações com 4,8 mortes para cada 100 mil mulheres. Em contrapartida, um levantamento feito pelo Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM) do Ministério da Saúde em 2013, demonstrou que para cada 100 mil habitantes do sexo feminino em Serra Talhada, há uma taxa de 2,31 óbitos. De 2013 a 2017 foram registrados 9 feminicídios, um número relativamente alto, tendo em vista o número populacional. Os números de homicídios praticados contra as mulheres em Serra Talhada que ocupa o 17º lugar no ranking nacional de violência contra a mulher, estão abaixo da média nacional que tem a taxa de 4,8 óbitos, no entanto, em termos de sua expressividade regional, esse ainda é um número elevado.

Para a identificação dos óbitos das mulheres por homicídio, apresentam-se causas externas como decorrência de agressões intencionais de terceiros, que são registrados segundo o Cadastro Internacional de Doenças – 10 (CID-10). Vale ressaltar que esses cálculos são fornecidos pelo Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde - DATASUS que utiliza como fonte o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

É dever do Estado tomar para si a responsabilidade de combater essa violência e para isso, fez-se necessária uma série de medidas. Embora as medidas que já existem não sejam muitas, elas têm um peso significativo na construção social de um Estado que preza pela igualdade de gênero, um Estado Democrático. Como exemplo de tais medidas, temos um decreto assinado pelo Governador Paulo Câmara no dia 04 de setembro de 2017 que substituiu o termo de crimes passionais pelo termo feminicídio, ou seja, em todos os Boletins de Ocorrência (BOs), será incluso o crime de feminicídio nos registros, caso preencha os requisitos próprios do crime. Esta inclusão do feminicídio como qualificadora do crime de homicídio apresenta resultados positivos especialmente porque, quando não era aplicada, os crimes motivados por emoção eram considerados causas de diminuição da pena, o que favorecia os companheiros e tinha um reflexo ainda mais gritante na incidência de tais crimes.



Um outro ponto relevante foi, em 2015, a inauguração do Centro de Referência de Atendimento à Mulher em Situação de Violência (CRAM), que compõe uma rede de proteção à mulher. Outra mudança bem recente foi o início do funcionamento, em 17 de novembro de 2017, em Serra Talhada, sob o comando do 14º Batalhão da Polícia Militar (BPM), da Patrulha Maria da Penha, uma equipe formada por três policiais, inclusive uma mulher, que tem a finalidade de visitar mulheres vítimas de violências doméstica e familiar que tenham solicitado medidas protetivas contra os seus agressores.

Não há que se falar em apenas aspectos positivos por parte da máquina estatal, existe, ainda, um atraso que tem reflexo negativo na proteção minoritária e isso se deve à inexistência de uma Delegacia da Mulher na cidade, deixando aos cuidados apenas de uma única delegacia, o gerenciamento de todas as ocorrências na cidade. Percebemos uma acumulação de material processual em decorrência do número de registros numa delegacia que não é especializada e a ineficácia de um sistema de proteção que só funciona com as molas do interesse individual, mesmo com o clamor social.

Os números de mortes de mulheres são crescentes e reais e pelo visto, após a tipificação da violência da mulher com resultado morte, esses números aumentaram ainda mais, veja: em Serra Talhada no ano de 2013 foi registrado 01 (um) homicídio de mulher (feminicídio), em contrapartida ao ano de 2017 quando foram registrados 03 (três) feminicídios. Perceba que os números mais que dobraram no ano atual, muito embora nacionalmente o crime tenha sido tipificado em 2015, em Serra Talhada essa mudança desencadeou um aumento significativo. Esses dados foram fornecidos pela Delegacia de Polícia do município de Serra Talhada. Num outro notório aumento do crime após a tipificação, uma pesquisa feita pelo IBGE, com dados fornecidos pelo DATASUS demonstrou que Serra Talhada ocupa o 17º lugar no ranking nacional de crimes de feminicídio com 2,31 mortes para cada 100 mil habitantes.



4 A PRODUÇÃO MIDIÁTICA LOCAL E SEUS PADRÕES DE ORDENAMENTO MORAL

O trabalho está analisando notícias e buscando aspectos morais por trás destas, sejam eles negativos ou positivos acerca dos crimes de gênero no Sertão do Pajeú. Tais aspectos morais estão em concomitância como o marco teórico do trabalho pois os dois teóricos utilizados trabalham sobre a perspectiva de justificação moral e da formação de discursos ou ordenamentos morais que informam e definem os parâmetros de comportamento dos sujeitos sociais. Assim, tem importância a construção de um discurso midiático como um desses processos de construção do ordenamento moral nesse contexto, como discutido acima. Ademais, esses aspectos dão o tom às reportagens dos casos de feminicídio. Para tanto, foram analisadas 30 notícias retiradas do Jornal Farol de Notícias, de novembro de 2016 a julho de 2017. As reportagens sobre o feminicídio e violência doméstica advém, em sua grande maioria, de uma mulher, percebendo-se uma tonalidade já peculiar, ou seja, um tom de repulsa e uma preocupação em definir o caráter criminal do ocorrido, com cuidado para quebrar os processos de objetificação e culpabilização da vítima. Percebeu-se uma carga de leituras de correntes contemporâneas feministas no discurso da jornalista, o que fomenta as discussões também acirradas na sessão de comentários de cada texto.

As notícias escritas por um repórter de sexo masculino, contém um tom de maior de impunidade, não afirmando a inexistência da infração praticada por aquele indivíduo, mas deixando margens para reflexões de cunho popular. Percebeu-se nestas notícias uma série de expressões ignoradas pela figura masculina. Por exemplo, usa-se com frequência o termo "dona", um comparativo com a taxatividade funcional da mulher em âmbito social, ligando-a ao ambiente doméstico-familiar, ignorando o ativismo do sistema patriarcal.

É óbvio que a violência doméstica-familiar e o próprio feminicídio estão inseridos em todos os espaços da vida contemporânea, mas numa lógica cultural, os lugares mais frequentes são localizados em periferias. As qualificações das vítimas, em sua maioria, são de baixa escolaridade, mulheres que ainda sobrevivem em virtude de uma dependência



masculina muito exacerbada. Essa realidade também aparece refletida na forma como jornalistas se remetem as mulheres vítimas de violência de maneira recorrente.

No caso dos artigos em análise, vemos também pelas características e lugar de fala da jornalista em questão, maior sensibilidade no tratamento desses aspectos da relatoria criminal sobre vítimas e agressores, notando-se sempre aspectos que informam ao leitor que processos estruturais e culturais estão a todo momento em jogo nos processos que dizem respeito a violência doméstica e violência contra a mulher de maneira mais geral.

É sabido que as notícias relatadas pela figura feminina ganham um tom de reprovabilidade ainda maior, tendo em vista que a figura do agressor é acobertada por um sistema que ainda perpetua e se impõe em relação as sociedades contemporâneas, não diferentemente, também em Serra Talhada. Assim temos que muito embora, em diversos outros casos poderíamos demonstrar que os aspectos morais descritos nas entrelinhas reforçam o caráter sistêmico do patriarcalismo que permeia as relações entre os gêneros e sexos no Brasil, no caso particular das notícias em Serra Talhada, pelos aspectos diferenciados relatados acima, temos a construção de uma nova ordem de discursos que busca desconstruir esses aspectos estruturais da dominação masculina. Na continuidade da análise aqui desenvolvida, buscaremos com mais detalhes averiguar que valores e aspectos da moralidade estão sendo reconstruídos, objetivando, espera-se, a compreensão mais aprofundada das mudanças que se iniciam nesse espaço.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Maria do Perpétuo Socorro Leite. **PATRIARCALISMO E O FEMINISMO: uma retrospectiva histórica**. Revista *Ártemis*, João Pessoa, v. 1, p. 64-73, dez. 2004.

BOLTANSKI, L.; THÉVENOT, L. **On Justification**: Economies of Worth, translated by Catherine Porter Princeton, NJ: Princeton University Press, 2006.

_____. The sociology of critical capacity. **European journal of social theory**, v. 2, n. 3, p. 359–377, 1999.

BRASIL. IBGE. **Censo Demográfico, 2017**. Disponível em <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pe/serra-talhada/panorama>> acesso em 19 nov. 2017.



DEEPASK. **Taxa de homicídios: Veja número de assassinatos por cidade do Brasil - SERRA TALHADA, PE.** Disponível em: <<http://www.deepask.com/goes?page=serra-talhada/PE-Confira-a-taxa-de-homicidios-no-seu-municipio>> acesso em: 19 nov. 2017.

DEEPASK. **Assassinatos de mulheres: Veja número e taxa de homicídios por cidade do Brasil – Serra Talhada – PE.** <<http://www.deepask.com/goes?page=Assassinatos-de-mulheres:-Veja-o-numero-e-a-taxa-de-homicidios-da-populacao-feminina-do-seu-municipio>> acesso em 19 nov. 2017.

FAROL DE NOTÍCIAS. **Decreto institui feminicídio nos registros de crimes em PE.** <<http://faroldenoticias.com.br/decreto-institui-feminicidio-nos-registros-de-crimes-em-pe/>> acesso em 19 nov. 2017.

FRAGOSO, Julia Estela Monárrez. **La cultura delfeminicidio en Ciudad Juárez, 1993-1999** Frontera Norte, vol. 12, núm. 23, enero-juni, 2000, El Colegio de la Frontera Norte, A.C. Tijuana, México.

LIMA, Maria Helena Costa Carvalho de Araújo. **Animais de estimação e civilidade: a sensibilidade de empatia interespecies nas relações com cães e gatos**, 263 f.: il.; 30cm, 2016.

SEGATO, Rita Laura. **¿Qué és un feminicídio? Notas para un debate emergente.** Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género. Buenos Aires, Mora, nº12, 2006.

SÓLIO, Marlene Branca. **A violência social e o tom da mídia.** Antares, Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Letras, Cultura e Regionalidade, vol.4, nº7, jan./jul. 2012.





FEMINISMO E DIREITO: ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS

.....
Bruna Stephanny Morais de Oliveira Silva¹
Anne Cristine Silva Cabral²

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende investigar se o Poder Judiciário, órgão em que se deve promover a igualdade e a justiça, teria o condão de escolher quais direitos fundamentais serão efetivados na tomada de decisões judiciais, e se esse condão teria influência do sistema machista e patriarcal. Para tanto, analisaremos a representatividade feminina nas cúpulas judiciais brasileiras e teremos como principal objeto de estudo duas decisões judiciais recentemente proferidas e bastante questionadas: a decisão de que não houve constrangimento no caso do homem que ejaculou no pescoço de uma mulher num transporte público e a decisão da medida corretiva no caso do pai que espancou e cortou os cabelos da filha ao descobrir que ela tinha perdido a virgindade. Reflete-se sobre as relações direito da mulher e princípio da isonomia, subrepresentatividade feminina e solipsismo judicial.

2 A SUBREPRESENTATIVIDADE FEMININA E A NÃO EFETIVIDADE DO ARTIGO 5º, I, NO PODER JUDICIÁRIO

A Constituição Federal em seu artigo 5º, I, prevê o princípio da igualdade, em que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Em que pese o texto

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade Osman da Costa Lins – FACOL. CPF 116.151.184-97. brunamorais97@hotmail.com.

² Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Mackenzie. Professora da Faculdade Nova Roma e da Faculdade Osman Lins – FACOL. CPF 00769392431. anecristinecabral@gmail.com.



constitucional dispor sobre a igualdade de gênero, tal dispositivo é dotado de pouca efetividade.

Apesar do crescimento dos movimentos feministas e da luta pela igualdade de gênero no país, os dados do novo Índice de Desigualdade de Gênero – IDG (Fórum Econômico Mundial – WEF, 2017), dados que captam a perda no desenvolvimento humano resultante da desigualdade entre as realizações femininas e masculinas, informam um aumento da desigualdade entre homens e mulheres no Brasil. Em apenas um ano, o país passou da 79ª posição para a 90ª posição, num ranking de 144 países. A pesquisa aponta uma queda de 11 posições do Brasil em comparação com o ano passado. Em relação à primeira edição da pesquisa, feita em 2006, a queda foi ainda maior, 23 posições. O retrocesso do Brasil no que diz respeito a igualdade entre gêneros, o colocou em sua pior situação desde 2011.

Após mais de 30 anos da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (ONU, 1979), a qual fora ratificada pelo Brasil desde o dia 2 de março de 1984, as mulheres, que representam 51,4% da população brasileira (IBGE, 2013), apesar de serem maioria numérica, continuam sendo minoria em todas as esferas de poder, seja no Executivo, no Legislativo ou no Judiciário. Dentre os três poderes, examinaremos o Poder Judiciário e a distribuição de gênero nas cúpulas judiciais brasileiras.

Os dados desagregados por gênero (JUSTIFICANDO – Carta Capital, 2017) informam uma média geral de 62,7% de homens e 37,3% de mulheres no Poder Judiciário, mas há desigualdades regionais: nas 27 unidades parciais da Federação brasileira, há estados como o Amapá, com apenas 9,8% de representação feminina, e outros como o Rio de Janeiro, com 48,6% de mulheres magistradas, sendo o Nordeste a Região que engloba o maior número de Estados com mais de 40% de juízas (Bahia, Rio Grande do Norte e Sergipe).

Ao observarmos os dados desagregados por ramo do Poder Judiciário, tem-se a seguinte proporção de mulher para homem: 1M/1H na Justiça do Trabalho, 1M/2H na



Justiça Estadual e 1M/3H na Justiça Federal. É no ramo da Justiça Federal que se verifica a mais intensa subrepresentatividade feminina: 73,8% dos juízes federais são homens e 26,2% são mulheres. Quando se olha para a realidade da 2ª instância a desigualdade se torna alarmante, 100% de homens no Tribunal Regional Federal (TRF) da 5ª Região, onde só teve uma única desembargadora federal mulher em toda a história, a juíza Margarida Cantarelli! Em que pese o Nordeste ser a região com maior representatividade feminina na 1ª instância do Poder Judiciário, não tem nenhuma mulher na 2ª instância. Dando prosseguimento, o TRF1, com 81,5% de homens; o TRF4, com 76%; o TRF2, com 74%; e o TRF3, com 72%.

O cenário ora relatado induz à seguinte reflexão: quanto maior o espaço de decisão, logo de poder, no Poder Judiciário, menor a representatividade feminina?

A já falecida ativista queniana Wangari Maathai (MAATHAI apud ADICHIE, 2012, p. 20), ganhadora do prêmio Nobel da Paz, disse em um de seus discursos que quanto mais perto do topo chegamos, menos mulheres encontramos. A questão de gênero como está estabelecida hoje em dia é de uma imensa injustiça, e ver essa desigualdade justamente no Poder Judiciário, órgão em que se deve promover a igualdade e a democracia, é preocupante.

As mulheres que chegam perto do topo, continuam na base. As que conseguem chegar num cargo de prestígio no Poder Judiciário são as mesmas que ocupam os mais baixos cargos da instituição. Poucas chegam aos tribunais superiores. Mesmo em espaços já conquistados pela mulher nas cúpulas do poder, a permanência ainda é feita dentro de uma lógica machista e patriarcal. Nesse sentido, Carmen Lúcia, atual presidente e ministra do Supremo Tribunal Federal, na sua primeira sessão na qualidade de presidente, no dia 14/09/2016, aduz:

Há sim discriminação, mesmo em casos como os nossos, de juízas que conseguimos chegar a posições de igualdade. Há sim discriminação contra nós, mulheres, em todas as profissões, e é o fato de continuar a ter discriminação contra a mulher que nos faz precisar, ainda, de determinadas ações positivas. (...) Temos uma sociedade extremamente preconceituosa em vários temas, racista em vários temas e no caso da mulher, muito preconceituosa (...) Se fosse igual, ninguém estava falando.



No entendimento da atual procuradora-geral da República, Raquel Dodge (PORTAL G1, 2017): "Ainda há um longo caminho a percorrer na busca por igualdade entre homens e mulheres". E ao comentar o fato de ser a primeira mulher a ocupar o cargo de procuradora-geral da República, aduz: **"Estamos discutindo quantas mulheres ocupam carreira jurídica. Na minha área, um terço dos procuradores da República são mulheres. Foi preciso 41 procuradores-gerais para que surgisse uma procuradora-geral mulher"**

Já Grace Mendonça (PORTAL G1, 2017), advogada-geral da União, afirma que **"vivemos em uma sociedade machista e que ainda estranha ter uma mulher em posição de destaque"**.

Apesar de, sob o ponto de vista legal constitucional, dever existir uma igualdade entre os gêneros, os dados supracitados demonstram que há um machismo institucional internalizado no Poder Judiciário, fruto de uma construção histórica em que a distribuição de poder é baseada segundo o gênero. Muitas são as barreiras que devem ser quebradas ao acesso de mulheres aos cargos de poder. A subrepresentatividade feminina no Poder Judiciário afeta não só as mulheres que fazem parte da instituição, mas sim as mulheres de forma geral.

Dentre os múltiplos motivos para o judiciário não entregar direitos às mulheres que os pleiteiam com a expectativa que o Poder Judiciário entregue a isonomia material, como muitos casos de violência contra a mulher, sem dúvida está a falta das mesmas nos órgãos do Poder Judiciário, demonstrando com isso que quem julga mistura as suas convicções de gênero na interpretação da lei. Temos, então, o machismo como retrato do Poder Judiciário e isso reflete diretamente nas decisões judiciais que têm a mulher como vítima.

Como exemplo dessa não efetividade do princípio da igualdade, analisaremos duas recentes decisões bastante questionadas: a decisão de que não houve constrangimento no caso do homem que ejaculou no pescoço de uma mulher num transporte público e a decisão da medida corretiva no caso do pai que espancou e cortou os cabelos da filha ao



descobrir que ela tinha perdido a virgindade. O direito de igualdade entre homens e mulheres é uma norma constitucional que deve impactar as outras normas de forma transversal, bem como o intérprete da norma, pois a constituição não lhe conferiu a discricionariedade de interpretar a norma não vislumbrando a igualdade material entre homens e mulheres, porém, não é bem o que acontece nas decisões judiciais analisadas a seguir.

3 A PRESENÇA DO MACHISMO E DO PATRIARCADO NO PODER JUDICIÁRIO: ANÁLISE CRÍTICA DE DECISÕES JUDICIAIS

Com o objetivo de investigar os modos de operação da prática social de proferir decisões judiciais, nos apoiaremos, enquanto recurso metodológico, na Análise Crítica do Discurso Jurídico (ACDJ), nome dado aos estudos transdisciplinares dos dados verbais produzidos na instância jurídica. Vem da Análise Crítica do Discurso (ACD), que tem como base a abordagem das relações entre linguagem e sociedade.

Para Virginia Colares (2013, p. 01), os textos produzidos socialmente em eventos autênticos são resultantes da estruturação social da linguagem que os consome e os faz circular. Por outro lado, esses mesmos textos são também potencialmente transformadores dessa estrutura social da linguagem. A Análise Crítica do Discurso estuda a linguagem como prática social, e para tal, considera o papel crucial do contexto. Esse tipo de análise se interessa pela relação que há entre a linguagem e o poder – relações de dominação, discriminação e controle, na forma como elas se manifestam através da linguagem. (WODAK, apud COLARES, 2013, p. 03). “A linguagem, nesse sentido, é um meio de dominação e de força social, servindo para legitimar as relações de poder estabelecidas institucionalmente”. (COLARES, 2013, p. 03)

No âmbito institucional, como o jurídico, “o discurso tem o poder social construtivo tríplice: (1) produz e reproduz conhecimentos e crenças por meio de diferentes modos de



expressar a realidade; (2) estabelece relações sociais e (3) cria, reforça ou reconstitui identidades”. (COLARES, 2013, p. 03).

A ACD tem se desdobrado em versões que guardam características constitutivas em comum, assegurando um campo de construção de conhecimento. Essas características comuns são: a multidisciplinaridade, o posicionamento político/ideológico do pesquisador, (ou ausência de pseudoneutralidade) e a utilização das categorias linguístico-discursivas como ferramentas para a realização da crítica social. Nas abordagens do discurso, buscam-se caracterizar processos sociocognitivos em perspectivas históricas; identificar políticas e ideologias na prática cotidiana dos sujeitos sociais, verificar os resultados e os efeitos dos discursos sobre as estruturas sociais, pois através do contato com textos marcados por desigualdade de poder, os sujeitos linguísticos/sociais são treinados a assumir certas posições de poder nos textos que produzem e consomem.(COLARES, 2013, p. 04)

Escolhemos a Análise Crítica do Discurso Jurídico (ACDJ) como recurso metodológico para se analisar essas duas decisões judiciais bastantes polêmicas. A investigação dessas decisões recorre à modalização, aos operadores argumentativos, ao sistema de transitividade e aos modos de operação da ideologia como categorias para dar conta do funcionamento dessa gramática textual e dos efeitos ideológicos desse discurso.

Os modalizadores são marcas explícitas ou implícitas presentes no texto, que evidenciam a atitude do enunciador ante aquilo que diz, subdivide-se em *modalização da enunciação* e *modalização do enunciado*, apesar de não haver dissociação entre ambas. (COLARES, 2013, p. 05)

Nos operadores argumentativos tem-se a ideia de que todo dizer é um meio de levar o interlocutor a seguir certa direção, chegando a conclusão ou servindo para desviá-lo dela. Dessa forma, a argumentação é entendida como um conjunto de regras internas à língua que comandam o encadeamento dos enunciados, orientando a enunciação em certa direção. No sistema de transitividade há seis modos de expressar processos verbais: materiais, mentais, relacionais; considerados os principais e verbais, existenciais e comportamentais; considerados secundários. (COLARES, 2013, p. 05)

Como modo de operação de ideologia, nos inspiramos na proposta de análise da ideologia de John B. Thompson (THOMPSON, 1995 apud COLARES, 2013, p. 07) que estuda as maneiras como o sentido serve para estabelecer e sustentar relações de dominação.



Thompson desenvolve procedimentos que adotaremos para identificar os modos de operação da ideologia na superfície do texto, segundo o quadro sinóptico com as explicações dadas pelo próprio autor, apresentado logo abaixo:

MODOS GERAIS	Algumas estratégias típicas de construção simbólica
LEGITIMAÇÃO Relações de dominação são representadas como legítimas	RACIONALIZAÇÃO – uma cadeia de raciocínio procura justificar um conjunto de relações UNIVERSALIZAÇÃO – interesses específicos são apresentados como interesses gerais NARRATIVIZAÇÃO – exigências de legitimação inseridas em histórias do passado que legitimam o presente
DISSIMULAÇÃO Relações de dominação são ocultas, negadas ou obscurecidas	DESLOCAMENTO – deslocamento contextual de termos e expressões EUFEMIZAÇÃO – valorização positiva de instituições, ações ou relações TROPO – sinédoque, metonímia, metáfora
UNIFICAÇÃO Construção simbólica de identidade coletiva	ESTANDARTIZAÇÃO – um referencial padrão proposto como fundamento partilhado SIMBOLIZAÇÃO DA UNIDADE – construção de símbolos de unidade e identificação coletiva
FRAGMENTAÇÃO Segmentação de indivíduos e grupos que possam representar ameaça ao grupo dominante	DIFERENCIAÇÃO – ênfase em características que desunem e impedem a constituição de desafio efetivo EXPURGO DO OUTRO – construção simbólica de um inimigo
REIFICAÇÃO Retração de uma situação transitória como permanente e natural	NATURALIZAÇÃO – criação social e histórica tratada como acontecimento natural ETERNALIZAÇÃO – fenômenos sócio-históricos como permanentes NOMINALIZAÇÃO/PASSIVAÇÃO – concentração da atenção em certos temas em detrimento de outros, com apagamento de atores e ações

Quadro – Modos de operação da ideologia – Compilado de Thompson, (THOMPSON apud COLARES, 2013, p. 8)

Passemos à análise das decisões judiciais. A primeira decisão analisada foi proferida no Foro Central Criminal de respectivo local, do caso do homem que ejaculou no pescoço de uma mulher num transporte público, onde o mesmo foi liberado, mesmo sendo pego em flagrante praticando o delito.



TERMO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – FLAGRANTE RELAXADO

1. ...Trata-se de prisão em flagrante de FULANO DE TAL, em 29 de agosto de 2017,
2. pela eventual prática do crime de estupro (art. 213, CP). Consta que o indiciado
estaria 3. dentro de um ônibus e teria colocado seu pênis para fora da calça,
masturbando-se e
4. ejaculando em cima de uma passageira, que se surpreendeu e gritou, chorando.
Pessoas 5. tentaram agredir o Indiciado, mas foram impedidas pela pronta ação do
motorista e do 6. cobrador. O Ministério Público se manifestou pelo relaxamento
do flagrante. A Defesa 7. concordou. É o relatório"... "Na espécie, entendo que a
conduta pela qual o indiciado 8. foi preso melhor se amolda à contravenção penal
do art. 61, LCP do que ao crime de 9. estupro (art. 213, CP). Explico. O crime de
estupro tem como núcleo típico constranger 10. alguém, mediante violência ou
grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou 11. permitir que com ele se
pratique outro ato libidinoso. Na espécie, entendo que não
12. houve o constrangimento, tampouco violência ou grave ameaça, pois a vítima
estava 13. sentada em um banco do ônibus, quando foi surpreendida pela
ejaculação do
14. Indiciado. O ato praticado pelo Indiciado é bastante grave, já que se masturbou
e
15. ejaculou em um ônibus cheio, em cima de uma passageira, que ficou,
logicamente, 16. bastante nervosa e traumatizada. Ademais, pelo exame da folha
de antecedentes do 17. Indiciado, verifica-se que tem histórico desse tipo de
comportamento, necessitando 18. de tratamento psiquiátrico e psicológico para
evitar a reiteração de condutas como
19. esta, que violam gravemente a dignidade sexual das mulheres, mas que,
penalmente, 20. configuram apenas contravenção penal. Como essa contravenção
é apenas somente 21. com multa, impossível a homologação do flagrante. Ante o
exposto, relaxo a prisão 22. em flagrante. Expeça-se alvará de soltura.

As linhas 1, 2, 3, 4, 5 e 6 sinalizam o modo de operação da ideologia de narrativização que acontece quando exigências de legitimação são inseridas em histórias do passado que legitimam o presente. Essas linhas expressam apenas a narrativa dos fatos.

As linhas 6 e 7, são marcadas também por um dos *modus operandi* da ideologia, a unificação, pois há um pedido de relaxamento de flagrante feito pelo próprio Ministério Público, no qual a defesa concordou. A unificação é uma construção simbólica de identidade coletiva. Segundo Thompson (1995, p. 86) na unificação, as "relações de dominação podem ser estabelecidas e sustentadas através da construção, no nível simbólico, de uma forma de unidade que interliga os indivíduos numa identidade coletiva, independentemente das diferenças e divisões que possam separá-los".

Na linha 7, quando diz "Na espécie, entendo que a conduta pela qual o Indiciado" (linha 8) foi preso melhor se amolda à contravenção penal do art. 61, LCP *importunação*



ofensiva ao pudor do que ao crime de estupro (art. 213, CP). Explico" nessa parte há modalização da enunciação de forma declarativa, quando o texto é proferido por alguém de direito para que seja reconhecido, ou seja, por quem tenha o lugar de fala amparado pela institucionalidade, o juiz. Sinaliza também o modo de operação da ideologia, denominado legitimação, quando as relações de dominação são representadas como legítimas. Nas linhas (9, 10, 11, 12, 13 e 14) há explicitamente uma naturalização, um dos *modus operandi* da ideologia, quando a criação social e histórica é tratada como acontecimento natural. O juiz trata a situação em que a vítima foi colocada como algo natural.

Tal interpretação não representa um comportamento isolado. Casos similares de abuso contra mulheres são frequentemente minimizados pela Justiça. (PORTAL G1, 2017) Teresa Cabral, Juíza de Direito titular da 2ª Vara Criminal da Comarca de Santo André e integrante da COMESP - Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, aduz:

A maioria dos assédios em transporte público caem nessa vala comum de se entender sempre como uma contravenção penal. E a gente não consegue coibir a conduta. A pessoa faz e não acontece nada, como ocorre com esse rapaz.

Já Fabíola Sucasas, promotora do Grupo de Atuação Especial de Enfrentamento à Violência Doméstica (GEVID), questiona: **O judiciário tem um viés machista. E essas interpretações têm amparo legal. Mas até que ponto o amparo legal traz uma resposta de justiça?**(PORTAL G1, 2017)

A segunda decisão judicial analisada a seguir foi proferida no Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, do caso do pai que espancou e cortou os cabelos da filha ao descobrir que ela tinha perdido a virgindade.

TERMO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO, DEBATES E JULGAMENTO

1. ..."Nos debates orais, o representante do Ministério Público requereu em síntese, a
2. procedência da ação penal, eis que há provas suficientes para o decreto condenatório, 3. visto que devidamente comprovada a materialidade (laudo de exame de corpo de
4. delito), bem como a autoria (declarações da ofendida, depoimento de testemunha e



5. confissão do acusado). Concedida a palavra à advogada da ofendida, aquela corroborou 6. os termos propostos pelo Ministério Público. Dada a palavra à Defesa, esta requereu a 7. absolvição, sustentando atipicidade da conduta por ausência de dolo, nos termos do art. 8. 386, III, do Código de Processo Penal. Encerrada a instrução criminal, o MM. Juiz de 9. Direito proferiu a seguinte sentença: Vistos. FULANO DE TAL, qualificado nos autos, 10. foi denunciado como incurso nas penas do art. 129, § 9º, do Código Penal, porque, 11. segundo narra a denúncia, no dia 20 de janeiro de 2016, por volta das 21h, nesta 12. Cidade e Comarca de Guarulhos, prevalecendo-se de relações domésticas e familiares 13. contra a mulher na forma da lei 11.340/06, ofendeu a integridade física de 14. FULANINHA, sua filha, causando-lhe as lesões corporais descritas no laudo 15. pericial"... "É breve o relato. Fundamento e decido. Das provas produzidas, observo 16. que o agente aplicou moderadamente uma correção física contra a sua filha, gerando 17. uma lesão de natureza leve. O fato foi isolado e, segundo a vítima e a testemunha, a 18. intenção do réu era de corrigi-la, após saber que a mesma tinha perdido a virgindade. 19. Tal versão foi corroborada pelo réu, o qual afirmou categoricamente que, caso tivesse 20. um filho homem e o mesmo tivesse perdido a virgindade aos 13 anos, tomaria a 21. mesma postura. A meu ver, não está caracterizado o crime tipificado no art. 129, § 9º, 22. do Código Penal, eis que não restou demonstrado o dolo na conduta, quando, na 23. verdade, a real intenção do pai era apenas corrigir a filha. A conduta assim 24. desenvolvida encontra-se acobertada por causa supralegal de exclusão da 25. antijuridicidade, autorizando a absolvição do acusado. Em outras palavras, é preciso 26. que se use em excesso ou de modo inconveniente os meios disciplinadores, sem o que 27. a conduta não pode ser considerada criminosa, mas apenas mero exercício do direito 28. de correção ("jus corrigendi"). Convém acentuar que as medidas corretivas ou 29. disciplinares, quando não ultrapassam os limites outorgados por lei, são consideradas 30. lícitas, pelo exercício regular de um direito. Permite-se, como na espécie, o exercício 31. moderado do poder disciplinar. No mesmo sentido são as lições de César Roberto 32. Bittencourt (Código Penal comentado, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009, p 412): 33. "Não se veda o direito de corrigir, mas tão somente se proíbe o seu exercício abusivo. 34. A ação inicialmente é lícita; o seu exercício abusivo é que a torna ilícita, atingindo o 35. nível de crime". No caso em apreço, todavia, não existem provas suficientes no 36. sentido de que o réu tenha utilizado dos meios disciplinadores de modo excessivo. 37. Quanto ao corte de cabelo, ao que tudo indica, a intenção do réu não era de humilhar 38. a filha, mas apenas de protegê-la de ameaças que aquela vinha sofrendo de amigas na 39. época dos fatos. Em sua cabeça, não obstante não fosse o mais adequado, a intenção 40. do réu era que a filha não saísse de casa. Sendo assim, a absolvição é medida de rigor. 41. Ante o exposto, julgo improcedente a pretensão punitiva estatal, a fim de absolver o 42. réu FULANO DE TAL, qualificado nos autos, da imputação que lhe fora feita, com 43. arrimo no art. 386, III, do Código de Processo Penal.



A decisão tem como principal característica o modo de operação da ideologia: a narrativização, adissimulação e a naturalização. Nas linhas 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 e 15 tem-se a narrativização que são as exigências de legitimação inseridas em histórias do passado. É onde se encontra todas as informações sobre o caso. É nessa narrativa que as relações de dominação são apresentadas como legítimas. Nas linhas 16 e 17, na parte que diz: “das provas produzidas, observo que o agente aplicou moderadamente uma correção física contra a sua filha, gerando uma lesão de natureza leve”, têm-se a naturalização e a dissimulação, fica claro que o juiz tenta passar a situação como algo natural, tentando ocultar e negar a real intenção do réu. Observe a passagem: “O fato foi isolado e, segundo a vítima e a testemunha, a intenção do réu era de corrigi-la, após saber que a mesma tinha perdido a virgindade. Tal versão foi corroborada pelo réu, o qual afirmou categoricamente que, caso tivesse um filho homem e o mesmo tivesse perdido a virgindade aos 13 anos, tomaria a mesma postura” (linhas 17, 18, 19, 20 e 21). Essa passagem sinaliza a nominalização/ passivação que é a concentração da atenção em certos temas em detrimento de outros, com apagamento de atores e ações. Nesse caso, o apagamento da intenção do réu e da vítima como sujeito de direito.

As linhas 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33 e 34 sinalizam a racionalização, a dissimulação e a nominalização, principalmente na parte: “A meu ver, não está caracterizado o crime tipificado no art. 129, §9º do Código Penal, eis que não restou demonstrado o dolo na conduta”, certamente há uma tentativa de ocultar o que de fato aconteceu. Como não existe dolo na conduta se a intenção do réu era corrigir? O que seria corrigir?

Da mesma forma acontece nas linhas 35 e 36: “No caso em apreço, todavia, não existem provas suficientes no sentido de que o réu tenha utilizado dos meios disciplinadores de modo excessivo”. Como assim não existem provas suficientes no sentido de que o réu tenha utilizado dos meios disciplinadores de modo excessivo? Ora, têm-se as provas necessárias de que houve violência, as provas periciais, as testemunhas e a declaração da própria vítima não seriam satisfatórias? Ainda, segundo o juiz, (linhas 37, 38, 39 e 40) “Quanto ao corte de cabelo, ao que tudo indica, a intenção do réu não era de



humilhar a filha" "a intenção do réu era que a filha não saísse de casa". Nesse sentido, há explicitamente uma contradição no que o próprio juiz diz. Há dissimulação, naturalização e legitimação. Sendo assim, não se tem dúvidas que a decisão foi pautada conforme um juízo moral e à luz de um sistema cujo pátrio poder está sendo exercido de forma ilimitada, logo machista.

Fica claro que ter uma lei específica para o caso vale, porque mesmo diante de uma prova incontestável, o juiz decide como quer, ferindo também o princípio da imparcialidade, que diz que o mesmo não deve levar em conta o que diz a parte autora e a parte ré, mas sim as provas presentes nos autos do processo.

4 SOLIPSISMO JUDICIAL: A NÃO APLICAÇÃO DO DIREITO GARANTIVISTA E A FALTA DE SEGURANÇA JURÍDICA PARA AS MULHERES QUE SOFREM VIOLÊNCIA

Analisando as decisões judiciais segundo a linguagem de dominação fica muito claro a gritante presença do machismo e do patriarcado no Poder Judiciário. Num primeiro momento ao ler a decisão judicial 1 fica o questionamento se o problema de fato está no Poder Judiciário ou se está na falta de legislação específica para tipificar o delito.

Porém, dando prosseguimento à leitura, nota-se que na decisão judicial 1 a ratio decidendi foi de que não houve constrangimento, pois a vítima estava sentada em um banco do ônibus quando foi surpreendida pela ejaculação do indiciado. Como não houve constrangimento real? Segundo o artigo 213 do Código Penal, estupro é: *Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*. Constranger no Direito Penal tem o sentido de obrigar e a vítima foi obrigada a passar pela situação, até porque a mesma foi surpreendida, sendo assim, não teve liberdade de escolha para tal ato. Nesse caso, o artigo 213/CP, caberia, não por uma interpretação extensiva, mas por uma interpretação não machista e de acordo com a Constituição Federal/88. O que reforça esse posicionamento é



o fato da revogação do artigo 214/CP, *atentado violento ao pudor*. Agora todo o ato libidinoso sem consentimento somente pode ser configurado estupro. O não reconhecimento da violência nessa situação é perigoso e demonstra o machismo por parte do juiz. Se por um lado a legislação não é específica para o caso concreto, por outro lado o Poder Judiciário se apegou exclusivamente à dogmática, sem senso de justiça - visto que o Indiciado já tinha 17 passagens pela polícia pelo mesmo delito -, sem link real com o caso concreto, como se não houvesse precedente nas cortes brasileiras de interpretação extensiva no âmbito do direito penal, em que pese o nosso entendimento não ser de interpretação extensiva, houve constrangimento e não houve consentimento para nada libidinoso no concreto. Não resta dúvida: o Poder Judiciário nesse caso se tornou solipsista, se colocando na contramão dos constrangimentos cotidianos e utilizando de suas próprias convicções para proferir decisões.

Já o argumento da decisão judicial 2 foi de que o crime tipificado no artigo 129, § 9º do Código Penal, conhecido por lesão corporal com aumento de pena por violência doméstica, não pode ser caracterizado nessa situação pois não restou comprovado o dolo na conduta, e que na verdade, a real intenção do pai era apenas corrigir a filha.

Aqui o problema de fato não parece estar na falta de lei específica para tipificar o crime, pois nesse segundo caso, há um tipo penal para o caso concreto e mesmo assim o juiz não o aplica, demonstrando explicitamente que o juiz se apegou ao que o acusado disse e ignorou o que afirmava o laudo pericial, assim ferindo o princípio da imparcialidade. Fica claro que o problema está na forma como os magistrados decidem. O juiz dá às palavras o sentido que quer, ele decide a partir de um lugar de fala amparado pela institucionalidade, mas não age com o intuito de proteger os mais frágeis, ignorando assim dispositivos de lei e da própria Constituição Federal. Segundo COLARES (2010, p. 8) "O Direito tem que se impurificar de outros conteúdos e métodos se quiser continuar acreditando na ideia de melhorar a vida das pessoas, não se resumindo a mero instrumento de força". A função típica do Poder Judiciário é a interpretação e respeito às leis, ou seja, o limite de suas atribuições é dado pela lei. Cabe ao judiciário resguardar os direitos fundamentais dos indivíduos. Fica claro o machismo entranhado nas decisões



judiciais analisadas. Essas decisões reforçam os valores machistas e abrem caminho para a perpetuação da violência, o que demonstra um hiato entre direito e justiça, pois uma das principais consequências é que as mulheres se sentem constrangidas em buscar o Poder Judiciário e denunciar novos casos de violência. Não se pode fingir que não há valores morais, mas o direito não pode ser reduzido aos valores morais individuais, assim a decisão deve ser pautada pela norma jurídica e pelo sentido de justiça.

5 CONCLUSÃO

Resta claro que o Poder Judiciário não é imparcial, pois quem julga interfere as suas convicções de gênero na interpretação da lei. Sendo assim, não se tem segurança jurídica que o judiciário vai atuar para efetivar a Constituição Federal no que diz respeito à igualdade entre homens e mulheres, nos fazendo refletir na concepção sociológica descrita por Ferdinand Lassalle, (2006), em que diz que a constituição escrita é apenas um pedaço de papel e a verdadeira constituição é feita de acordo com fatores de raízes de poder, que se expressam também no Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

WORLD ECONOMIC FORUM (WEF), Índice de Desigualdade de Gênero – IDG. 2017. Disponível em <http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2017.pdf>. 11. Acesso em: 12/11/2017

BRASIL, Constituição Federal de 1988.

BRASIL, Código Penal de 1940.

ADICHIE, CHIMAMANDA NGOZI. *Sejamos Todos Feministas*. 2012.

LASSALLE, FERDINAND. *O que é uma Constituição?* 2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ministra Carmen Lúcia sobre a existência de discriminação no Poder Judiciário. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325337&caixaBusca=N>> Acesso em: 12/11/2017

PORTAL G1. Ministra Carmen Lúcia, Raquel Dodge e Grace Mendonça comentam sobre o machismo no Poder Judiciário. Disponível em



<<https://g1.globo.com/politica/noticia/carmen-lucia-sociedade-brasileira-e-patrimonialista-machista-e-muito-preconceituosa.ghtml>Acesso em: 14/11/2017

JUSTIFICANDO, Carta Capital – Poder Judiciário é retrato da desigualdade de gênero. Disponível em <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/03/15/poder-judiciario-e-retrato-da-desigualdade-de-genero/> Acesso em: 20/10/2017

COLARES, Virgínia. Análise Crítica do Discurso Jurídico: Os modos de Operação da Ideologia. 2013. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4b4984066015df12>Acesso em: 24/10/2017

COLARES, Virgínia. Linguagem e Direito, 2010. Disponível em <<http://files.academicus.webnode.com.br/200000484-408c9418b4/Linguagemedireito.pdf> Acesso em: 06/11/2017

GOVERNO DO BRASIL, Pesquisa: Mulheres são maioria da população brasileira. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/mulheres-sao-maioria-da-populacao-e-ocupam-mais-espaco-no-mercado-de-trabalho> Acesso em: 25/10/2017

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher. Disponível em <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/11/SPM2006_CEDAW_portugues.pdf Acesso em: 10/11/2017

PORTAL G1. Teresa Cabral e Fabíola Sucasas comentam sobre caso de ejaculação no transporte público. Disponível em <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/assedio-sexual-nao-e-punido-por-falta-de-formacao-de-juizes-ou-de-lei-especifica-apontam-juristas.ghtml>Acesso em: 16/11/2017

PORTAL G1. Homem que ejaculou no pescoço de uma mulher no transportes público tem 17 passagens pela polícia. Disponível em <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/homem-e-preso-suspeito-de-ato-obsceno-contramulher-em-onibus-3-caso-em-sp.ghtml> Acesso em: 17/11/2017

.....



DESMISTIFICANDO O EMPODERAMENTO:

SOBRE OS LIMITES E O POTENCIAL CRÍTICO DO USO DA PALAVRA PELOS MOVIMENTOS SOCIAIS E POR JURISTAS

.....
Cecília Gomes de Sá¹

1 INTRODUÇÃO

A influência da linguagem na formação das relações sociais e seus desdobramentos é notória na realidade contemporânea. Através do uso e formulação de discursos é possível a construção de um forte instrumento de poder através da articulação de palavras, expressões e ideias traduzidas em atos. A relação entre linguagem e poder foi discutida intensamente por autores como Michel Foucault no contexto do pós-estruturalismo francês. Alguns juristas buscaram pensar as repercussões dessas ideias no direito. No debate brasileiro, vale mencionar o trabalho de Luis Alberto Warat que em sua obra "O Direito e sua Linguagem" na parte introdutória já relata sobre o objeto de estudo da linguagem como forma de controle social, como uma estratégia normalizadora e disciplinar dos indivíduos. (WARAT, 1995: 18) Atentando para a iminente questão, o presente artigo buscou compreender a crescente disseminação do termo 'empoderamento' no discurso dos movimentos sociais, assim como no discurso de juristas.

Com enfoque na luta feminista, é possível notar que desde a década de 60 há uma crescente expansão do uso do vocábulo 'empoderamento' (que vem da palavra de origem inglesa '*empowerment*') por parte dos movimentos sociais. Aparentemente, o intuito da utilização da palavra é fazer com que as mulheres resgatem sua autoestima, compreendam que são sujeitas de direito na sociedade e ocupem os espaços deliberativos sem que exista uma distinção sexista em que, muitas vezes, se enxerga uma superioridade infundada dos homens sobre as mulheres. O tolhimento da atuação feminina nos espaços que

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Integrante do Grupo de extensão Direito em Foco. Pesquisadora do Projeto de iniciação científica (PIBIC 2017).



representam o exercício do poder na sociedade, por exemplo no âmbito do judiciário, ainda é uma realidade da negação de igualdade entre sexos.

Apesar da utilização e do ato de se empoderar buscar trazer uma perspectiva de luta e ocupação dos espaços de poder, o presente artigo buscou desmistificar este conceito e colocar algumas críticas a essa ideia e modo de atuar. Em primeiro plano, faz-se necessário que o uso do termo seja analisado para que não acabe existindo um esvaziamento de sentido e a problemática do discurso do empoderamento clamar por uma tomada de poder por parte das mulheres, mas uma tomada de poder incapaz de evitar que a opressão seja reproduzida por essas sujeitas. Em outras palavras, mudaríamos a posição das peças do jogo, mas a relação de opressão permaneceria como regra.

O presente artigo busca compreender e confrontar o conceito de empoderamento nos discursos dos movimentos sociais e de juristas que ocupam os espaços de poder e se não é mais interessante abordar a questão da resistência, que, em princípio, estaria mais alinhada à tradição foucaultiana, em detrimento do conceito de empoderamento. Para além de uma simples questão linguística, a prática e reflexo do discurso empoderador no movimento feminista pode gerar reflexos tanto positivos quanto negativos.

2 O POTENCIAL DO TERMO EMPODERAMENTO E AS RELAÇÕES DE PODER

Para compreender a questão da linguística e das consequências do uso do termo “empoderamento” pelo movimento feminista, buscou-se estudar as análises sobre semiologia dos autores Michel Foucault e Luis Alberto Warat. Um ponto crucial da leitura dos escritos de Warat despertou para o perigo do esvaziamento de sentido de um vocábulo a partir do momento que este torna-se cada vez mais vago. Nas palavras do jurista: ‘quanto mais vaga se torna a convenção, mais o valor do signo varia de acordo com os usuários.’ (WARAT, 1995: 18) A questão do termo empoderamento, nos dias de hoje,



passa por essa problemática, a partir do momento que ele é disseminado reiteradamente, mas não existe uma reflexão ou uma convenção sobre o que ele de fato significa.

Além de Luis Alberto Warat, outro jurista brasileiro que cabe ser analisado é o docente da Universidade Federal de Pernambuco, Gustavo Just. Em sua obra "Interpretando as teorias da interpretação", ele ressalta o contextualismo, historicismo e a hermenêutica. Estes pontos mostram-se cruciais para compreender a maneira como o termo empoderamento pode ser observado e interpretado a depender do contexto no qual se encontra mencionado. No caso do presente artigo, toda a análise se pautou na reprodução do termo empoderamento pelos movimentos sociais, movimento feminista e pelas mulheres que atuam no âmbito do judiciário.

A partir do momento que o discurso de empoderamento é endossado e reproduzido é necessário compreender e observar também a relação do indivíduo com o poder. Neste momento, é importante refletir sobre os pensamentos e estudos de Michel Foucault. O filósofo francês em seu texto 'O sujeito e o poder' aborda a questão pertinente de que para compreendermos o que são as relações de poder desenvolvidas, seria interessante investigar, primeiramente, as formas de resistência e as tentativas de separar estas relações. É pertinente pontuar também que o foco da análise foucaultiana não foi o poder em si, mas o sujeito e como ele reage a este poder. É válido salientar este ponto para que se compreenda que toda a análise desta pesquisa também segue este preceito: a mulher enquanto sujeita de direitos atuando na sociedade e em espaços de poder, principalmente no âmbito jurídico e nas universidades de direito.

Apesar da disseminação do termo empoderamento ser recente, a ideia de 'empoderar' vem do inglês 'to empower' que é utilizado desde o século XVII e significa "autorizar, investir de autoridade". (McLaughlin, 2016: 2; Hamlin, 2017). A partir deste ponto, que se inicia a preocupação: quais os sentidos o termo empoderamento pode assumir para, de fato, emancipar as mulheres. Atentando para o fato de que tal emancipação acaba sendo, na prática, um valor com dificuldade de se estabelecer um



consenso pois há uma divergência dentro do movimento feminista sobre o que seria emancipação.

O estudo realizado por Simone de Beauvoir em seu livro 'O segundo sexo', é de grande importância pois retrata a perspectiva do questionamento sobre o que é ser mulher, ao que estamos destinadas, que lugar podem ocupar e o papel da feminilidade. (BEAUVOIR, 1995) É salutar atentar para as ideias de Beauvoir para que se compreenda a desenvoltura da necessidade dos movimentos feministas utilizarem o conceito de empoderamento e, em seguida, notar que atualmente tal conceito encontra-se demasiadamente saturado. Saturado tendo em vista o uso exacerbado e sem reflexão da perspectiva do que de fato está acontecendo. Após a entrada da mulher nos espaços deliberativos, nota-se que não há uma mudança de fato nas estruturas de poder e sim uma assimilação.

3 EMPODERAMENTO: DA POLISSEMIA AO PERIGO DO EMPREGO SEM REFLEXÃO

Adentrando mais especificamente na análise do uso do termo empoderamento no contexto atual, é importante ressaltar o quanto tal vocábulo possui valor polissêmico. Em primeiro plano, nota-se que a palavra empoderamento, no seu próprio radical, passa a noção de 'poder', pegar o poder para si, se empoderar. Nesta primeira concepção, assimilando o termo estrangeiro, *empowerment*, é verificável o fato do termo ser responsável por enfatizar o ato do indivíduo resgatar o seu poder, assumir uma posição de poder ou simplesmente almejar um espaço no qual possa exercer poderes atrelados a sua posição.

Com base nesta primeira acepção do termo e fazendo o recorte deste dentro do movimento feminista e suas várias fases, encontramos outra questão pertinente: o empoderamento varia de acordo com a realidade de cada mulher e sua vivência no mundo. Por exemplo, o empoderamento para uma mulher branca e seu significado não é



o mesmo para uma mulher negra que tem demandas particulares e divergentes de outra mulher que não possui a mesma vivência. Aqui é importante deixar claro que quando se fala de feminismo, na realidade, é mais acertado falar em feminismos. A utilização no plural é necessária para destacar o fato da luta por direitos ser diversificada e possuir vertentes diferentes.

Tais divergências, entretanto, não deveriam se transformar em óbices na luta por um mundo mais igualitário e livre de opressão. É extremamente complicado conciliar as pautas, porém é uma missão que as mulheres precisam enfrentar e buscar o diálogo para encontrar medidas alternativas e capazes de alcançar um denominador comum. Por mais que as pautas de cada feminismo (negro, liberal, radical, interseccional e demais) tenham suas particularidades, existe a possibilidade de buscar uma consciência coletiva onde as diferenças sejam respeitadas e se busque um horizonte menos conflituoso. Respeitando e refletindo sobre o que é cada empoderamento e cada forma de resistir na sociedade.

A polissemia do termo empoderamento faz com que seja extremamente necessária a cautela no momento de analisá-lo. Como já dito anteriormente, em primeiro plano, a própria palavra reverbera no sentido de resgate de poder. Trazendo para a história do movimento feminista, é evidente a diferença com que o termo era tratado antigamente e como é apresentado nos dias atuais. Quando as mulheres não tinha sequer direito ao voto, falar sobre feminismo ou sobre presenças femininas nos espaços deliberativos era um tabu. Com a conquista do direito ao voto, graças ao movimento das sufragistas, pouco a pouco, as pautas sobre inserção das mulheres nos espaços deliberativos foram ganhando força.

O âmbito do judiciário não tinha como ir na contramão dos demais espaços e segue o fluxo de, a cada dia, inserir mais mulheres nos espaços deliberativos. Ocorre, entretanto, que a ocupação feminina em órgãos de poder segue acompanhada de uma constante necessidade ilógica onde as mulheres precisam cotidianamente mostrar o quão eficientes e competentes são nos seus trabalhos. Por conta do processo de transformação no qual a mulher sai da esfera onde seu corpo é mero objeto de satisfação da lascívia sexual



masculina e passa a disputar de igual para igual com os homens, o peso do patriarcado insiste em querer subjugar suas aptidões e capacidade. Neste contexto, juízas, advogadas, promotoras e defensoras exercem suas funções precisando ser duas vezes mais eficientes que os homens como forma de comprovar que ocupam seus postos por mérito.

A partir desta necessidade imposta pela sociedade patriarcal de eficiência feminina, atualmente o conceito de empoderamento apresenta-se de maneira ressignificada. Ser uma mulher empoderada nos dias atuais é sinônimo de resgate da autoestima, controle e busca por representação e poder nos organismos que regem a sociedade. Até aqui, tudo estaria caminhando conforme o adequado para luta feminista, ocorre, contudo, que os mecanismos de controle atentos para tal reivindicação das mulheres, encontrou uma forma de empregar o termo empoderamento de maneira não tão impactante. De uma forma que o emprego seja compatível com a manutenção de velhas estruturas. Em outras palavras: hoje em dia se exalta o conceito de 'super mulheres', empoderadas, poderosas e que devem cada dia mais almejar o cumprimento de suas jornadas: tanto pessoal quanto profissional. Acontece que tal conceito é na realidade mais uma pressão para que as mulheres se enquadrem nele e não uma libertação de fato.

A mídia tem papel fundamental na construção do estereótipo e conceito do que vem a ser uma mulher empoderada na sociedade contemporânea. (Hamlin; Peters, 2017: 3) Reforçam o ideal de mulher exemplo, perfeita em todos os âmbitos e que deve ir atrás do que é seu. Acontece, contudo, que tal imposição midiática, sem reflexão, acaba sendo responsável pela cobrança de um padrão de excelência nos âmbitos deliberativos e profissionais. Não há uma subversão de tais mecanismos: mudam-se as peças do jogo mas a relação de opressão se mantém como regra.

4 SOBRE OS LIMITES DO EMPODERAMENTO E A PERSPECTIVA DA RESISTÊNCIA

Mediante tudo que foi exposto, é notório nos dias atuais o quão delicada é a questão do empoderamento na luta feminista. Se por um lado, o ato de se empoderar auxilia as mulheres no autodescobrimento, resgate da autoestima e reconhecimento enquanto sujeitas de direito, por outro sua disseminação sem compreender o que está por trás das relações de poder é perigoso. Dito isto, é importante ressaltar que na luta pela libertação feminina das amarras do patriarcado e da opressão, é necessário estar constantemente atenta e repensando a posição da mulher nas instituições de poder.

Com a perspectiva de pluralidade de pautas na luta feminista por igualdade, existe também uma pluralidade de empoderamentos e visões que fazem com que o ato de se empoderar seja ressignificado constantemente. Dentro disto, é notável a dificuldade de convergir para um ponto em comum e basilar sobre adentrar nos espaços de poder e promover mudanças efetivas na sociedade através deles. Tendo em vista tudo isto e o fato da luta do poder pelo poder ser um grande fator gerador de discórdia e desigualdades que devemos falar sobre a resistência.

O ato de resistir às imposições dos espaços que perpetuam antigas lógicas de opressão é, antes de mais nada, uma necessidade. Romper e subverter com a ordem patriarcal é uma possibilidade de libertação e de mudanças de paradigma no contexto do feminismo contemporâneo. Para tal possibilidade, é preciso que as mulheres entrem nesses espaços deliberativos, mas depois da entrada (que por si só não é algo fácil) lutem constantemente para que o espaço ocupado seja mudado e capaz de libertar e mudar a vida de outras mulheres. Não adianta se falar de empoderamento, tomada de poder, se após essa tomada não há uma efetiva preocupação com a mudança de realidades. Em suma: o empoderamento deve ser um aliado da luta feminista quando falar de mudança de paradigmas e do fim da relação de opressão. Para que, desta maneira, seja possível vislumbrar um horizonte onde, de fato, exista o mínimo necessário para bom convívio social sem discriminação por gênero.



REFERÊNCIAS

BAQUERO, Rute Vivian. Empoderamento: instrumento de emancipação social? - Uma discussão conceitual.

BEAUVOIR, Simone de (1995). O segundo sexo 1. Fatos e Mitos. 4ª edição, Difusão Europeia do Livro.

DEVEAUX, Monique. Feminism and Empowerment: A Critical Reading of Foucault.

FOUCAULT, Michel. O Sujeito e o Poder.

HAMLIN, Cynthia Lins; Peters, Gabriel (2017). O "Feminismo da Mercadoria": consumo, empoderamento e subjetivação na publicidade voltada para mulheres.

JUST, Gustavo. Interpretando as teorias da interpretação. 1ª edição, Editora Saraiva.

MCLAUGHLIN, Kenneth (2016). Empowerment a critique. First published, 2016, Routledge.

SARDENBERG, Cecília (2008). Liberal vs Liberating Empowerment: a Latin American feminist perspective on conceptualizing women's empowerment. IDS Bulletin, 39 (6), pp. 18-27.

SARACHILD, Kathie (1970) A program for feminist "consciousness raising". Shulamith Firestone e Anne Koedt (eds), Notes from the Second Year: Women's Liberation Major Writings of the Radical Feminists. Nova York: Radical Feminism.

WARAT, Luis Alberto (1995). O Direito e sua Linguagem. 2. ed, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre.

.....



O GÊNERO NA DOSIMETRIA DA PENA: **UM ESTUDO COMPARATIVO DO JULGAMENTO DE** **ACUSADOS DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS**

Júlio Emílio Cavalcanti Paschoal¹

Marcela Martins Borba²

Tarcila Maia Lopes³

1 INTRODUÇÃO

"Não se pode afirmar qual será o tempo necessário para afastar a classificação da mulher da prática judicial, mas é tempo, indubitavelmente, de discuti-la para poder bani-la além da lei, e esse é, com certeza, o passo mais difícil."(MELLO, 2015, p. 60)

O presente artigo pretende abordar a tripla criminalização (como mulher, mãe e infratora) da mulher autora de crimes a partir da análise de duas sentenças proferidas por um juízo criminal da Justiça Federal em Pernambuco. As duas sentenças de que trataremos demonstram que a mulher infratora sofre outro tipo de julgamento, bastante permeado por questões de gênero, reproduzindo estereótipos e desigualdades que há muito tentamos dissipar.

Ambas as decisões tratam de pessoas presas em flagrante pelo cometimento do crime de tráfico internacional de drogas; havia, contudo, uma diferença entre os dois réus para além de penas discrepantes para o mesmo crime, cometido em contextos idênticos e próximos temporalmente: o fato de um deles ser homem e a outra mulher – esta cujo maior crime parece ter sido ser mãe.

¹ Graduando em direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Pesquisador do Grupo Asa Branca de Criminologia e do Grupo Robeyoncé de Pesquisa-ação.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Pesquisadora do Grupo Asa Branca de Criminologia do Grupo Robeyoncé de Pesquisa-ação.

³ Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Defensora Pública Federal. Pesquisadora do Grupo Asa Branca de Criminologia.



Os autores tomaram conhecimento das duas sentenças a partir de sua atuação na Defensoria Pública da União: uma como defensora pública e os outros dois como estagiários, tendo estado em contato direto com os ora tratados casos, visto que ambos os réus eram assistidos pelo órgão. O caso de Marília⁴, muito embora não destoe do padrão de criminalização feminina pelo tráfico de drogas – como exploraremos ao longo do trabalho – mobilizou bastante a Defensoria, ultrapassando os limites do ofício responsável pela sua defesa. Assim, não restou aos autores saída que não escrever sobre isso.

Para a escrita do trabalho, primeiramente realizamos levantamento bibliográfico acerca do tema, privilegiando leituras que tratassem de questões relativas a gênero, sistema punitivo e à repressão ao tráfico de drogas. Posteriormente, procedemos ao estudo dos dois processos, centrando-nos nas sentenças proferidas e buscando analisar, na dosimetria, as circunstâncias valoradas para o estabelecimento de cada uma das penas.

É preciso dizer que partimos de uma perspectiva crítica ao sistema punitivo, principalmente na sua faceta de reprodutor de estereótipos de gênero e seu despreparo em lidar com a mulher que comete crimes. Opomo-nos também à guerra às drogas, modelo de gestão do tráfico e uso de entorpecentes que cremos falido por causar mais vítimas do que avanços, resultando em mais uma forma de controle social das populações vulneráveis. E que, ademais disso, é responsável pela maior parte do encarceramento feminino no país e mundialmente.

Destarte, neste trabalho, buscaremos traçar um panorama da desigual construção e valoração dos estereótipos de gênero, da repercussão desses padrões no direito e da ingrata relação entre mulher e sistema punitivo, tomando os dois casos paradigmáticos mencionados como exemplo para conduzir e ilustrar a discussão. Por fim, ao final do debate proposto, analisaremos as sentenças condenatórias e as circunstâncias valoradas

⁴Todos os nomes utilizados no presente artigo são fictícios. Contudo, este, em especial, foi escolhido como uma homenagem a Marília Silva Ribeiro de Lima Milfont, defensora que atuou nos dois casos de que trataremos, e a Marília Montenegro Pessoa de Mello, professora a quem devemos o despertar para um olhar crítico sobre o sistema de justiça criminal e uma das inspiradoras do encontro que resultou neste trabalho.



para a prolação da decisão, procurando traçar um paralelo com as questões propostas ao longo do artigo.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO E A DESVALORIZAÇÃO DO FEMININO

Os estereótipos de gênero são, talvez, das mais persistentes construções sociais a influenciar a forma como nos relacionamos. Muito embora suas estruturas tenham se metamorfoseado bastante ao longo dos séculos, e estejam em constante mudança, o engendramento de uma sociedade de base patriarcal ainda reverbera sobre as experiências, os corpos e o valor que é dado às vidas dos indivíduos. E isso se manifesta em parte por via desses paradigmas.

Esses estereótipos, ainda que não sejam universais, acumulam diversos papéis idealizados para as performances de gênero (DÍAZ, 2013, p. 442) e – ao menos em nossa sociedade – parecem se centrar num ideal cisnormativo e heteronormativo. Este consistiria numa expectativa de continuidade entre sexo, gênero e orientação sexual que resultaria na esperança de que os indivíduos se identificassem com o sexo biológico com que nasceram (cissexualidade), performassem seu gênero em conformidade com o sexo biológico, ou seja: se nascessem com uma vagina, que se identificassem como mulheres. E, por fim, que fossem heterossexuais. Essa expectativa, todavia, é constantemente desafiada, principalmente pela falha em reproduzir esses papéis de maneira tão ortodoxa (ARÁN, 2006, p. 50-52).

Numa breve e não exaustiva definição, tomemos como referência esses três parâmetros para tratar da sexualidade humana: sexo, gênero e orientação sexual. Sexo seria algo geneticamente designado e se relacionaria à forma como são percebidos os caracteres sexuais primários de cada indivíduo. Gênero diria respeito à maneira como cada pessoa expressa sua identidade em sociedade quanto ao espectro de papéis que vão dos tidos como femininos aos tidos como masculinos. É o aspecto mais visível dentre os três,



posto que os papéis de gênero socialmente avalizados são marcados por signos e performances identificáveis à primeira vista, com as quais estamos “familiarizados” enquanto grupo.

A orientação sexual, a seu turno, se relaciona ao desejo sexual e tem como parâmetro o destinatário do desejo de um indivíduo. Por exemplo, os indivíduos de orientação heterossexual sentem desejo por pessoas do sexo ou gênero oposto ao seu; os de orientação homossexual, por sua vez, desejam pessoas do mesmo sexo ou gênero.

Todavia, é nos papéis de gênero que centraremos nossas discussões, dada a maior plasticidade das performances que escapam a esses modelos. Isso, pois, muito embora o sexo também acarrete expectativas em demasia (potencializadas quando conjugadas ao gênero), falar de gênero nos parece atingir uma gama maior de identidades. Assim, trataremos, por ora, das implicações negativas de se identificar como alguém do gênero feminino.

Ademais de heterocisnormativa, somos uma sociedade androcêntrica, que supervaloriza o masculino e descarta ou deslegitima as expressões daquilo que se construiu como “feminino” – nas mulheres e até mesmo nos homens. O “feminino” que rege essas expectativas passa por idealizações e essencializações ligadas ao papel da mulher em sociedade e impõe ao gênero feminino um catálogo de condutas, prescrições e interdições que, quando desafiadas, geram sanções sociais às mulheres. E que, quando emuladas por homens, também lhes causam sanções.

Assim, o papel feminino estaria ligado ao privado, ao trabalho doméstico, à maternidade, à honestidade (de que trataremos mais detidamente adiante, principalmente quanto às suas implicações na esfera penal), à subserviência e à assunção de um plano coadjuvante em relação ao gênero masculino. Com esses paradigmas, vem uma gramática de gestos, papéis e expectativas que não devem ser frustradas pela performance feminina ideal, sob pena de retaliações.

Boa parte dos estereótipos de gênero parte de uma justificativa biológica: a de que a mulher estaria naturalmente equipada, mais apta a exercer os papéis que lhe são



designados – principalmente o papel reprodutivo e o de cuidado com os filhos –, em razão de nela se materializar a gestação. As mulheres que não correspondessem a esse papel, portanto, desafiariam a natureza. Partimos, contudo, de uma perspectiva oposta a essa, que questiona esse tipo de associação necessária entre o gênero e as “funções” mais correntemente desempenhadas pelas mulheres e por cremos que esse tipo de narrativa essencializa papéis que são socialmente aprendidos.

Esse discurso, contudo, há muito permeia as representações do que temos como feminino. Para a historiadora Michelle Perrot, na História, “existe uma abundância, e mesmo um excesso, de discursos sobre as mulheres; (...) na maioria das vezes obra dos homens”. Todavia, se ignora quase sempre o que as mulheres pensam a respeito, como os veem ou sentem. “Das mulheres, muito se fala. Sem parar, de maneira obsessiva. Para dizer o que elas são ou o que elas deveriam fazer” (PERROT, 2008, p. 22).

Essas narrativas, ao longo dos séculos, foram utilizadas para endossar a hierarquização entre gêneros e sexos. O masculino era tido como mais racional, mais apto para negócios, trabalho produtivo, para a vida pública. O feminino, por sua vez, era feito para a vida privada, seriam, “por natureza”, mais “dóceis”, vocacionadas para o cuidado com os filhos e as funções domésticas. E, como veremos ao longo do artigo, ainda não nos livramos completamente dos discursos que endossam essa perspectiva e teimam em querer manter a mulher em “seu devido lugar”. Este que pode não ser mais em casa, mas certamente representa espaços de falta de poder, de falta de voz e representatividade – lugares socialmente aceitos como femininos.

Essa desigualdade na ocupação de espaços se vê em diversas esferas: desde a divisão sexual do trabalho, que valoriza o trabalho produtivo feito pelos homens e invisibiliza o trabalho reprodutivo das mulheres; na carga tripla de trabalho feminino, mal remunerado e sobrecarregado de afazeres na esfera doméstica, e até mesmo quanto ao cometimento de crimes.



3 A MULHER COMO VÍTIMA NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Historicamente, a mulher foi tratada pela lei brasileira como um sujeito submisso, a quem cabia a esfera privada e o cuidado dos filhos, em contraposição ao homem, que ocupava o meio público e a quem cabia o sustento da família.

O Código Civil de 1916, em sua redação original, previa que a mulher casada era relativamente incapaz⁵. Expressava ainda que o marido era o chefe da sociedade conjugal e que lhe competia o direito de autorizar a profissão da mulher e sua residência fora do teto conjugal⁶. Ademais, dispunha-se que o casamento poderia ser anulado em caso de “defloramento da mulher, ignorado pelo marido”⁷.

Todos esses dispositivos legais evidenciavam o lugar da mulher: a esfera privada, sob a tutela primeiro do pai e depois do esposo, cabendo-lhe o cuidado com a casa e com os filhos do casal. O Código Civil de 1916 refletia também o controle da sexualidade da mulher.

Paulatinamente, houve mudanças legislativas, como a lei 4.21/1962, conhecida como Estatuto da Mulher Casada e a lei do divórcio (6.515/1977). Após a ditadura, a Constituição de 1988 previu expressamente que “homens e mulheres são iguais em

⁵ Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:

(...)

II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

⁶ Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.

Compete-lhe:

(...)

IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III).

⁷ Art. 218. É também anulável o casamento, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro.

Art. 219. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

(...)

IV. O defloramento da mulher, ignorado pelo marido.



direitos e obrigações". Por fim, o Código Civil de 2002 refletiu legalmente a igualdade entre gêneros prevista na Constituição.

No âmbito penal, houve uma evolução legislativa similar à da matéria cível. A mulher também era vista como um sujeito passivo, em contraposição ao ativo, que era o homem (ANDRADE, 2012, p. 143). Nesse contexto, ela ocupava naturalmente o papel de vítima. Contudo, refletindo a ideia de controle da sexualidade, não era qualquer mulher que pode ser vítima. Ela precisava corresponder às expectativas de comportamento de gênero para que seu agressor merecesse a punição estatal.

Marília Montenegro faz um apanhado histórico do papel da mulher como vítima nas leis penais (MELLO, 2015, p. 38-56).

Nas Ordenações do Reino, a mulher não podia ser vítima de adultério e o homem traído poderia realizar a vingança, pois se entendia lícita a morte da mulher e do amante. Ademais, traziam a distinção entre mulher virgem, viúva honesta e qualquer mulher. Para ser vítima do crime equivalente ao rapto consensual, por exemplo, a mulher deveria ser virgem ou honesta. Já do crime equivalente ao estupro poderia ser vítima qualquer mulher.

No Código Criminal do Império, as mulheres também eram categorizadas em relação a alguns crimes. Havia penas diferentes para as "mulheres honestas" e as prostitutas vítimas de estupro. Em relação ao crime de rapto consensual, somente as mulheres virgens ou reputadas como tais poderiam ser vítimas. Previa-se também que o casamento era causa de extinção das penas de delitos de natureza sexual.

No Código Penal de 1890, manteve-se a categorização da mulher nos crimes sexuais. Também existiam penas diferentes para o estupro de uma mulher "virgem ou não, mas honesta" e uma "mulher pública" ou prostituta. Da mesma forma, em alguns crimes, como o rapto, apenas a mulher honesta ou virgem poderia ser vítima. Permaneceu, igualmente, o casamento como causa de extinção da pena.

O Código Penal de 1940 trouxe avanços em relação ao crime de estupro, do qual poderia ser vítima qualquer mulher, sem que houvesse pena diferenciada quando ela era prostituta ou "mulher pública". Contudo, a tutela penal nesse tipo de crime objetivava



proteger a moral pública sexual (JESUS, 2002. p. 91), tanto que o estupro e demais crimes sexuais estavam previstos no Título VI do Código Penal, nomeado de “Crimes contra os costumes”. Nesse contexto, preservou-se a “mulher honesta” como vítima dos crimes de posse sexual mediante fraude e atentado violento ao pudor mediante fraude (artigos 215 e 216 do CPB em sua redação original⁸). Manteve-se também o casamento da vítima com o agente ou com terceiro como causa de extinção da punibilidade. Conforme exposto por Cezar Roberto Bitencourt,

“Na concepção da norma, o casamento da vítima, com a conseqüente constituição da família, a livra da desonra e repara-lhe o mal causado pela conduta delituosa do agente. Ademais, tratando-se, de regra, de ação privada, a convolação de núpcias entre ofensor e vítima implica o mais *completo perdão aceito*, além da reparação moral restabelecadora do *status quo ante*.” (BITENCOURT, 2003, p. 709)

Essa causa de extinção da punibilidade só foi retirada do Código em 2005, pela lei 11.106, a mesma que excluiu a expressão “mulher honesta” da lei penal. Em 2009, a lei 12.015 renomeou o Título VI para “Crimes contra a dignidade sexual”, revogou os crimes de raptio e posse sexual mediante fraude e modificou a redação do crime de estupro, excluindo-se a necessidade de conjunção carnal para configuração do crime.

Em que pesem os avanços legislativos, até hoje o sistema de justiça criminal opera sob a chamada “lógica da honestidade”, a qual, nas palavras de Vera Andrade,

estabelece uma grande linha divisória entre as mulheres consideradas *honestas* (do ponto de vista da moral dominante) e vítimas, pelo sistema, e mulheres *desonestas* (das quais a prostituta é o modelo radicalizado), que o sistema abandona porque não se adequam aos padrões de moralidade sexual impostos pelo patriarcado à figura feminina. (ANDRADE, 2012, p. 149-150)

⁸ Art. 215 - Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude:

Pena - reclusão, de um a três anos.

Art. 216 - Induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena - reclusão, de um a dois anos.



O sistema de justiça criminal continua impregnado com uma ideologia de gênero que coloca as mulheres em submissão, exigindo-lhes um comportamento sexual recatado para que os crimes contra elas praticados mereçam apuração e punição pelo aparato estatal.

4 TRATAMENTO DADO À MULHER CRIMINOSA PELO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL ENQUANTO AUTORA

Sendo o espaço público - atrelado ao homem - o historicamente legitimado como lugar de realização de direitos, de política, do exercício da cidadania e da economia e, acrescentamos, lugar de cometimento da maioria das infrações puníveis⁹, pelas lentes do senso comum é inconcebível pensar na mulher como infratora. Melhor explicando: se o lugar reservado à mulher é apenas o doméstico, não lhe cabe a dinâmica do espaço público - tanto a positiva (atividade política, reivindicação de direitos, exercício de cidadania etc.) quanto a negativa (cometimento de infrações e de violência).

Além disso, vale salientar que a carga simbólica preconceituosa atribuída às atividades domésticas e às mulheres de passividade, submissão e subserviência diferem da simbologia associada preconceituosamente à criminalidade (agressividade, violência, subversão etc.). Na mesma esteira, afirma Ribeiro:

"Ao passo em que os homens são incentivados a praticar atividades que valorizem a independência e fomentem a autonomia pessoal de maneira geral, às meninas são impostas diversas restrições em relação aos lugares que se frequentar, aos horários, bem como às relações interpessoais e à sexualidade. Em termos gerais, o feminino é tratado como o espaço do cuidado com o outro, da passividade, da resignação, enquanto o masculino remete ao ativo e ao autônomo, entre outras características. Enquanto os homens são educados para "lutar" por suas convicções e responderem às ofensas – físicas ou verbais –, as mulheres são educadas para se calarem." (RIBEIRO, 2017, p. 82)

⁹ Se considerarmos que os crimes patrimoniais e os de tráfico de drogas são os principais encarceradores e, em razão disto, se considerarmos os locais de cometimento destes delitos (as ruas, os becos, as vias públicas, os aeroportos etc.), é possível associar, na visão do senso comum, a criminalidade às dinâmicas da esfera pública, predominantemente.



O sistema criminal de justiça, assim como as outras instâncias das esferas públicas e privadas da sociedade, tende a reproduzir as expectativas de papéis de gênero socialmente impostas.

É por esta razão que Chernicharo e Boiteux afirmam que, quando uma mulher comete uma infração, ela é vista como se estivesse rompendo também com as normas sociais e com o seu papel cultural e social pré-estabelecidos (CHERNICHARO; BOITEUX, 2014, p. 5).

De acordo com Juliana Ribeiro, a pesquisa de Karla Ishiy indica que as mulheres que se comportam mais adequadamente de acordo com as expectativas sociais sobre o seu gênero, demonstrando preocupação com os filhos ou chorando, por exemplo, tendem a ser menos criminalizadas do que aquelas que fogem a este padrão (RIBEIRO, 2017, p. 81).

Dessa forma, a maternidade é vista como uma maneira da mulher desviante se aproximar da "normalidade", já que a representação da maternidade corresponde ao imaginário "feminino" (preocupação com as crianças, passividade, ausência de conduta criminosa) e distante da masculinidade (BRAGA; FRANKLIN, 2016, p. 357).

No entanto, o que alguns estudos parecem revelar é que a mulher criminosa, principalmente a traficante, é punida mais severamente quando é mãe. É como se o envolvimento com o tráfico de drogas já denunciasse, por si, uma maternidade irresponsável, muito embora se discuta que justamente o que leva a maior parte das mulheres ao tráfico é a necessidade de manutenção de sua casa e família (BRAGA, FRANKLIN, 2016, p. 352).

O caso analisado, como será demonstrado, não foge a estas constatações.



5 ANÁLISE DA SENTENÇA

Os casos que serviram de base para este artigo foram de duas pessoas presas em flagrante portando cocaína e tentando embarcar para o exterior. As prisões de ambos ocorreram no aeroporto internacional Gilberto Freire, na cidade do Recife.

Marília, 34 anos à época da sentença, primária, sem antecedentes criminais, mãe de sete filhos - o último deles contava com três meses de idade quando ela foi presa e, até a presente data, não voltaram a se encontrar. Foi flagrada no aeroporto do Recife tentando embarcar para o Cabo Verde, portando 965 gramas de cocaína, os quais estavam acondicionados em embalagens de produtos cosméticos.

Luciano, 32 anos à época da sentença, primário, sem antecedentes criminais, dois filhos - um dos quais, por trabalhar em um garimpo, não viu nascer e sequer registrou. Foi flagrado no aeroporto do Recife também tentando embarcar para o Cabo Verde com 1.797 gramas encontrados em 149 cápsulas que tinham sido engolidas pelo autuado.

Os dois acusados tiveram suas prisões em flagrante convertidas em preventivas nas audiências de custódia, ambas realizadas no plantão do Judiciário federal, e foram defendidos pela Defensoria Pública da União desde este primeiro ato judicial. Eles foram também julgados pelo mesmo juízo. Entre uma sentença e outra há o intervalo de 15 dias.

Marília teve a pena-base fixada em oito anos. Na segunda fase da dosimetria, a pena permaneceu no mesmo patamar. Na terceira fase, foi aumentada da metade. A condenação final ficou em doze anos, em regime fechado.

Luciano, por sua vez, teve pena-base fixada em seis anos. Na segunda fase da dosimetria, a pena foi reduzida em seis meses (atenuante da confissão, que não foi acolhida para Marília). Na terceira fase, foi aumentada na metade. A condenação final ficou em oito anos e três meses, em regime fechado.

O que justifica tamanha diferença na pena dos acusados, considerando que os casos são bastante similares?



Analisando suas sentenças, percebe-se que a diferença fundamental foi a valoração da personalidade e conduta social de Marília¹⁰. Enquanto a personalidade e conduta social de Luciano são valoradas de forma neutra, a personalidade e conduta social de Marília são consideradas desfavoráveis, pois

“A circunstância de ter se afastado de filho recém-nascido, cuja certidão de nascimento sequer apresentou, apenas pesa em seu desfavor, pois **nem o filho a impediu de ir para São Paulo buscar drogas para transporte internacional**. Demonstra, portanto, não ser uma pessoa disposta a trabalhar e estudar para garantir o sustento da sua família, optando pelo caminho do lucro fácil, sem esforço”. (sem grifos no original)

As referências aos filhos de Marília não se restringem apenas à dosimetria da pena. Há 14 menções aos seus filhos na sua sentença, como as que se seguem:

“**Apesar de a criança estar com apenas 03 (três) meses de nascida, a ré afirmou que passou a manter um namoro com um homem que conhece apenas por "João"** e que residiria em São Paulo, decidindo ir para aquele Estado passar uns dias com ele”. (sem grifos no original)

“A despeito de a ré supostamente ter um filho em fase de amamentação, nada lhe impediu de ir para São Paulo, alegadamente "a passeio", sem previsão de retorno. Por outro lado, os problemas supostamente enfrentados com João não a impediram de ir, em seguida, cuidar dos cabelos em um salão de beleza”.

“Não há qualquer fundamento, ainda, para a ré, **que já havia deixado o filho recém-nascido para trás**, concordar em fazer uma viagem de férias, desta vez para o Cabo Verde”. (sem grifos no original)

“A denunciada, por outro lado: não comprova como adquiriu a passagem internacional e a forma de pagamento; não esclareceu o que foi fazer no Estado de São Paulo, **sem a companhia dos filhos ou do suposto namorado "João"**”. (sem grifos no original)

Nesta senda, faz-se interessante tecer uma abordagem permeada pela ideia de *secondcodes*. De acordo com esta, pois, o sistema penal tende a reforçar a seletividade carcerária, permitindo que categorias distintas das jurídicas interfiram fortemente nas

¹⁰ O juízo sobre os demais elementos do artigo 59 do Código Penal foi similar.



decisões judiciais. É como se houvesse um segundo código criminal, a depender de quem é o sujeito ativo¹¹.

A partir deste viés, concepções pessoais baseadas em estereótipos permeiam os discursos jurídicos, revelando a incoerência e parcialidade do sistema de justiça e seus atores. Em relação aos trechos colhidos, resta evidente que, a despeito de que juízos de valor sobre a maternidade da acusada, sobre sua " vaidade " ou sobre seus relacionamentos não integrem categorias jurídicas aptas a quantificar a pena, essas avaliações extrajurídicas possuíram um papel fundamental na dosimetria para o caso.

Nesta perspectiva, percebe-se que *"A reputação da mulher, sem dúvida, continua sendo uma forma de controle informal para defini-la como boa ou má, prostituta ou honesta"* (MELLO, 2015, p. 58-59). Não restam dúvidas de que a reputação de Marília, no caso estudado, foi preponderante para a fixação de uma pena-base mais severa que a de Luciano.No mesmo sentido:

"Assim, considera-se que o poder punitivo que opera sobre a mulher por meio de aspectos múltiplos, de vigilância num primeiro momento e de punição num outro, caso a ordem patriarcal venha a "falhar" e a mulher adentre à esfera reservada ao controle do homem, o sistema age direcionado a uma *seletividade de gênero* que fortalece o papel que a mulher deveria exercer na sociedade capitalista patriarcal."(CHERNICHARO; BOITEUX, 2014, p. 5)

Dessa maneira, as categorias de mãe e criminosa parecem ser auto-excludentes. Isto não só reafirma a seletividade do sistema de justiça criminal, mas também os papéis de gênero socialmente impostos às mulheres - ainda que em nada possam contribuir para a quantificação da pena no caso concreto(BRAGA; FRANKLIN, 2016, p. 357).

¹¹ O conceito está presente em: MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral; GONÇALVES, Cristhovão Fonseca. Encarceramento como política social de combate às drogas: um estudo sobre *secondcodes* no julgamento das adolescentes em conflito com a lei no Brasil. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 117, ano 23. p. 313-332. São Paulo: Ed. RT, nov-dez 2015. Os autores seguem afirmando que está é uma categoria utilizada na criminologia crítica por David Garland, Lola Anyar de Castro e Ela Wiecko Castilho, por exemplo.



6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise comparativa dos dois casos vai ao encontro da literatura feminista e dos resultados apresentados nas pesquisas que relacionam gênero e sistema punitivo: há uma tripla criminalização da mulher.

Em primeiro lugar, a penalização ocorre por conta da prática de ato definido como crime pelo sistema de justiça – destacando que essa criminalização faz parte de uma lógica seletiva. Em segundo lugar, a acusada responde por quebrar as expectativas de gênero que são concebidas em relação às mulheres. Por último, talvez a mais cruel das sanções – e no caso analisado, a que mais contribuiu para o agravamento da pena de Marília –, a penalização da “maternidade irresponsável”, entendida como a frustração do papel de mãe dedicada.

Interessante destacar que essa última criminalização é especialmente rigorosa com as mulheres, não só pela idealização da figura da mãe, mas também por ignorar uma mazela social cada dia mais comum, a da *feminização da pobreza*. Este fenômeno consiste na concentração de pobreza em lares chefiados por mulheres, o que agrava o seu acúmulo de responsabilidades (pois lhes cabe o sustento da casa, os afazeres domésticos e cuidado dos filhos e idosos) e dificulta seu já desigual ingresso no mercado formal de trabalho (CHERNICHARO; BOITEUX, 2014, p. 3).

No caso estudado, percebe-se que não houve qualquer cuidado na sentença de Marília de se considerar esses fatores. Pelo contrário: a prática do crime revelaria, no entender do Judiciário, que ela não estava disposta a ter um trabalho honesto para prover a subsistência dos seus filhos, tendo optado pelo lucro fácil.

Em última análise, percebe-se na decisão judicial – em nada destoante dos textos que embasaram a construção deste artigo – a incidência de um julgamento extrajurídico sobre a acusada. Este julgamento, consubstanciado na fixação da pena, afastou-se de seus fins declarados para servir a uma dupla função: punir o desvio das expectativas de gênero e reforçar o lugar esperado da mulher no imaginário coletivo.



REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro, Revan; ICC, 2012.
- ARÁN, Márcia. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. **Ágora**, Rio de Janeiro:, v. IX n. 1, p. 49-63, jan-jun 2006.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, Volume 1. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRAGA, Ana Gabriela; FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. Quando a casa é a prisão: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a lei 12.403/2011. **Quaestio Iuris**, v. 09, nº 01, p. 349-375, 2016.
- CHERNICHARO, Luciana; BOITEUX, Luciana Encarceramento feminino, seletividade penal e tráfico de drogas em uma perspectiva feminista crítica. In: VI Seminário Nacional de Estudos Prisionais e III Fórum de Vitimização de Mulheres no Sistema de Justiça Criminal, 2014, Marília. Disponível em https://www.academia.edu/9832437/Encarceramento_Feminino_Seletividade_Penal_e_Tr%C3%A1fico_de_Drogas_em_uma_perspectiva_Feminista_Cr%C3%ADtica. Acesso em 07 de outubro de 2017.
- DÍAZ, Elvira Burgos. Desconstrução e subversão: Judith Butler. **SapereAude**, Belo Horizonte, v.4 - n.7, p. 441-464, 2013.
- JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal** – Parte Especial, 3º Volume. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral; GONÇALVES, Cristhovão Fonseca. Encarceramento como política social de combate às drogas: um estudo sobre *secondcodes* no julgamento das adolescentes em conflito com a lei no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo**, vol. 117, ano 23. p. 313-332, nov-dez 2015.
- MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. **Lei Maria da Penha**: uma análise criminológico-crítica. Rio de Janeiro:Revan, 2015.
- PERROT, Michelle. **Minha história das mulheres**. São Paulo: Contexto, 2008.
- RIBEIRO, Juliana Serretti de Castro Colaço. **Fronteiras de guerra**: um estudo etnográfico com as mulheres que fazem a travessia de drogas para presídios masculinos reclusas na penitenciária Júlia Maranhão. 200 f. Dissertação (Mestrado em direito) – Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas, Centro de Ciências Jurídicas / Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2017.





TRANSEXUALIDADE:

CONTEXTOS DISCRIMINATÓRIOS NO MERCADO DE TRABALHO E A INDISPENSÁVEL CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO ATUAL CENÁRIO CONSTITUCIONAL

.....

Angélica Souza Veríssimo da Costa¹

Rogéria Gladys Romeu Sales²

1 INTRODUÇÃO

Considerando a presente e real discriminação por questão de gênero do trabalhador transexual no mercado de trabalho, o texto visa demonstrar a ausência de efetivação de direitos, sobretudo, os direitos sociais na sociedade atual. Para o mercado capitalista não deveria importar a condição psicológica do indivíduo contratado, no que tange a aceitação da sua sexualidade, haja vista que nossa carta constitucional veda de modo contundente toda forma de discriminação em função da tendência ou orientação sexual, direito que, inclusive, deve ser garantido em um Estado que se diz Democrático de Direito.

Todavia, o cenário que se encontra a nossa sociedade é com a falta de oportunidades no mercado formal de trabalho, com situações de violência e aumento da prostituição dos transexuais, o que fatalmente, levará a discussões de formação de uma política pública mais efetiva, a qual encare as múltiplas causas e consequências sob à ótica principiológica da igualdade material em nosso sistema.

A partir de uma metodologia analítica, descritiva e quantitativa, discorre-se sobre o conceito da transexualidade e sustenta-se não ser mais possível se permitir discursos simplistas e desagregadores, haja vista que, nesse mercado econômico de interesses

¹ Advogada e Professora de Direito Constitucional e Direito Administrativo do Centro Universitário Maurício de Nassau.

² Advogada e Professora de Direito do Trabalho da Universidade Católica de Pernambuco.



variados, é dever da nossa sociedade garantir a esse grupo as condições de acesso e manutenção a um trabalho digno, senão, não faz sentido a luta pela mudança de paradigmas e a efetivação de normas internacionais no sistema jurídico, político, social e econômico desse século.

2 UMA ANÁLISE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A AUSÊNCIA DE UM DEBATE CONSTITUCIONAL MAIS EFETIVO SOBRE OS DIREITOS DE MINORIAS NA FORMAÇÃO DE UM NOVO MODELO

A derrocada do positivismo jurídico e de um contexto de legalidade estrita, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, contribuiu para elevação das normas constitucionais de cunho principiológico, ascendendo, como alega Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2013. p. 108), em nosso sistema, um forte movimento de relevo e afirmação do papel normativo da Constituição.

Segundo o autor, o Direito contemporâneo passa a centralizar a norma constitucional no sistema jurídico, com o objetivo de consagrar sua supremacia formal e material, de um ponto de vista axiológico, fenômeno esse intitulado como constitucionalização do Direito, na medida em que a norma constitucional passa a ser “compreendida como uma ordem objetiva de valores e como um sistema aberto de princípios e regras, (...) transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional.” (BARROSO, 2013. p. 109)

É indubitável, que a Constituição Federal de 1988, formatada após um período de governança militar, passou a representar uma força normativa na tentativa de efetivação de direitos, sobretudo, dos direitos e garantias fundamentais, tomando como principais bandeiras, à luz dos artigos 1º, inciso III, 3º, inciso IV e 4º, inciso II, a defesa da dignidade da pessoa humana, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, bem como, a prevalência dos



direitos humanos. Não é à toa que Luiz Alberto David Araújo (ARAÚJO, 2015. p. 18-19) explica que o texto constitucional de 1988 representou um momento especial do ponto de vista político, não só pelo abandono do regime autoritário, mas também, como um marco democrático.

Para Ivo Dantas (Dantas, 2013. p. 239) “o Direito Constitucional é, nada mais, nada menos, que a consagração jurídico-positiva de uma determinada Ideologia, aquela socialmente aceita.” Para esse autor:

(...) a norma jurídica nada mais é que a regulamentação (legal) dos valores consagrados pela sociedade, e daí o *caráter ideológico do ordenamento jurídico*. Este, por sua vez, não se pretende imutável, sobretudo, quando visto enquanto texto constitucional, uma vez que os valores sociais têm consigo, como característica básica ao lado de sua *objetividade, uma mutabilidade* explicável por fatores os mais variados, que vão dos históricos e geográficos, aos filosóficos, econômicos e até os sociológicos, propriamente ditos. (Dantas, 2013. p. 237)

Em que pese a quebra dos paradigmas tradicionais de segregação e de desrespeitos aos direitos presentes no momento anterior à aprovação do texto da Constituição Federal de 1988, constatam-se nesse texto constituinte originário vestígios de um sistema preconceituoso, sobretudo, por haver se esquivado do debate e concretização de uma igualdade material para grupos sociais minoritários, não discutindo, por exemplo os direitos sexuais de modo mais abrangente. Isso porque:

A radiografia do momento do poder constituinte da Constituição de 1988 e a discussão sobre os direitos sexuais, mais especificamente sobre a discriminação e a garantia da união estável entre pessoas do mesmo sexo é reveladora de que por parte dos opositores, houve a deliberada negação acerca da integração destes sujeitos como sujeitos constitucionais e por isso não merecedores de proteção de direitos fundamentais. (GORS DORF, 2014. p. 679)

De acordo com o autor citado, desde a década de 60, posicionava-se no cenário brasileiro o movimento homossexual com o desafio de evidenciar no cenário político de ditadura militar as lutas dos gays e lésbicas, colocando que:

(...) o movimento homossexual brasileiro, no período da Assembleia Nacional Constituinte, lutou para que fosse incluída no texto da Constituição uma referência explícita para a não discriminação por orientação sexual, mas sua articulação política não foi forte o bastante para tanto. (GORS DORF, 2014. p. 680)



Percebe-se uma luta não só contra a estigmatização desses sujeitos, os quais clinicamente eram diagnosticados com patologias em razão de suas orientações ou desejos sexuais, como também, contra vozes legislativas baseadas em discursos moralistas heterossexuais que se abstiveram de discutir ou impediram a aprovação da expressão orientação sexual no texto normativo da Constituição de 1988. (GORS DORF, 2014. p. 680)

Na verdade, as minorias pretendiam debater e aprovar, principalmente, a menção expressa a proibição da discriminação por orientação sexual no texto da Carta Magna de 1988, fato que restou superado pela opinião política dominante, a qual considerou que dita proibição estaria implícita no inciso IV, do art. 3º, da CF, quando se constata como objetivos fundamentais da República Federativa brasileira a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Infelizmente, “esse processo de constitucionalização no sistema brasileiro ainda não ganhou a sedimentação precisa para efetivação de muitos dos direitos fundamentais consagrados, justamente em função de preleções e posturas dogmáticos entranhados em nossa realidade política e social.” (PRADO; COSTA, 2016. p. 61)

Destaque-se que só após mais de vinte anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal numa releitura do § 3º, do art. 226, da Constituição Federal de 1988, decidiu pela possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, a partir de uma interpretação mais ampla da aplicação da normas constitucionais em nosso sistema para discutir o direito a uma igualdade, quando, em 2011, julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132.

Logo, em que pese expressa na Constituição a ideia de igualdade dos sujeitos sociais, foi preciso a sociedade apelar ao Poder Judiciário uma postura mais efetiva, “de maneira a aplicar efetivamente não só o princípio da igualdade, previsto no art. 5º, *caput*,



da Carta Magna, como também, ratificar e assegurar como fundamento do Estado de Direito moderno a dignidade da pessoa humana.” (PRADO; COSTA, 2016. p. 62)

A dignidade da pessoa humana, modernamente, estende-se não só ao fato da efetiva prestação dos direitos fundamentais previstos em um ordenamento jurídico, mas também, na defesa estatal e comunitária contra atos cruéis e prejudiciais à integridade física, psíquica e moral dos sujeitos. Trata-se, portanto, de “um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, dotando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido”. (PIOVESAN, 2016. p. 576)

Para a autora, o princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana, retratado, inclusive, no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, tem “seus próprios fundamentos no ser humano em si mesmo, como ente final, e não como meio, em reação à sucessão de horrores praticados pelo próprio ser humano, lastreado no próprio direito positivo.” (PIOVESAN, 2016. p. 576)

A partir dessas premissas suscitadas, enxerga-se uma falta de efetivação dos direitos sociais previstos constitucionalmente para os transexuais, sobretudo, de acesso e permanência ao mercado de trabalho, justamente por conta das ações discriminatórias vivenciadas em decorrência de suas orientações sexuais. Dessa forma, como se falar para essas pessoas, de um Estado Democrático de Direito que tem como dever garantir sua dignidade como ser humano? Como dizer a esses sujeitos discriminados que sua desigualdade está amparada por normas jurídicas, quando os mesmos não vivenciam essa realidade?

Em pleno século XXI, o que se compreende no contexto social, econômico e político é que:

(...) os avanços constitucionais e internacionais, que consagram a ótica da igualdade entre os gêneros, têm a sua força normativa gradativamente pulverizada e reduzida, mediante uma cultura que praticamente despreza o alcance destas inovações, sob uma perspectiva discriminatória, fundada em uma dupla moral, que ainda atribui pesos diversos e avaliações morais distintas a atitudes praticadas por homens e mulheres. Isto é, os extraordinários ganhos internacionais e constitucionais não implicaram automaticamente a sensível mudança cultural, que, muitas vezes, adota como referência os valores da normatividade pré-1988 e não os valores da normatividade introduzida a partir da Carta democrática de 1988,



reforçados e revigorados pelos parâmetros protetivos internacionais. (PIOVESAN, 2016. p. 410)

Isso resta claro, quando as pesquisas demonstram uma tímida iniciativa do poder público (em razão da quebra da continuidade de programas e poucas disponibilidades orçamentárias) e, socialmente, um vasto lastro de preconceitos com essa parcela minoritária da nossa população. Por outro lado, um grande esforço de organizações não governamentais para capacitação profissional e inserção de transexuais no mercado de trabalho, mediante parcerias com empresas privadas.

3 A TRANSEXUALIDADE E O PROCESSO DE ESTIGMATIZAÇÃO E EXCLUSÃO NO MERCADO DE TRABALHO

É sabido que o transexual é aquela pessoa que não se reconhece no sexo determinado pelo seu nascimento, porque não há uma identificação com sua natureza biológica, mas sim, com sua personalidade emocional, fato que o leva a se reconhecer no sexo oposto.

De acordo com Carmem Lúcia Antunes Rocha (ROCHA, 2008. p. 19-26):

Gente é igual. Tudo igual. Mesmo tendo cada um a sua diferença. Gente não muda. Muda o invólucro. O miolo, igual. Gente quer ser feliz, tem medos, esperanças e esperas. Que cada qual vive a seu modo. Lida com as agonias e as alegrias de um jeito único, só seu. Mas o sofrimento é sofrido igual. A alegria, sente-se igual. (...) Por isso, não há distinção humanamente possível entre os homens. Toda pessoa humana tem o direito de ser identificada e igualada pela sua humanidade e diferenciado, no que constitui a sua individualidade. Mas a humana individualidade não é elemento extrínseco; é intrínseco. Pelo externo, que é formalidade só, não se diferencia, discrimina-se. E o sonho de Justiça igual para todos, segundo a capacidade dos homens de pensá-la e experimentá-la, seria enterrado, porque seria a morte das ilusões de uma sociedade em que se abriga no conforto de ser, de viver e até, dignamente, ter de morrer.

A partir dessa colocação, é preciso ter sensibilidade para contextualizar de modo racional o debate da igualdade no ambiente jurídico, político e social contemporâneo,



totalmente desapegado de padrões formais e morais, a fim de sustentar que não existem diferenças humanamente possíveis entre heterossexuais e transexuais.

Desse modo, já não é possível falar em uma efetiva igualdade entre todos, de uma efetividade de direitos fundamentais, sobretudo os sociais, sem contemplar a ansiedade dos transexuais por um reconhecimento igualitário nos espaços econômicos, jurídicos e políticos, ou seja, para aquele “indivíduo que na maioria das vezes não se sente realizado, não dispõe de uma felicidade plena, porque seu ‘sexo psicológico’ não condiz com seu sexo biológico” (MOREIRA, 2015. p. 31).

É por isso que Flávia Piovesan (PIOVESAN, 2016. p. 449) defende:

Ao lado do direito à igualdade, surge, também, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial. Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula ‘todos são iguais perante a lei’ (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios).

Por isso é preciso concretizar o debate da concepção da igualdade material, não só se desapegando de uma ideia mais simplista, mais formal, mais abstrata do direito a igualdade, mas também, reconhecer a diversidade que permeia os atores em situação de vulnerabilidade em nossa sociedade. “É a luz dessa política de reconhecimento que se pretende avançar na reavaliação positiva de identidades discriminadas, negadas e desrespeitadas; na desconstrução de estereótipos e preconceitos; e na valorização da diversidade cultural.” (PIOVESAN, 2016. p. 450)

Segundo Bruno Galindo (GALINDO, 2015. p. 51), as tentativas de minimização da situação de vulnerabilidade desses sujeitos conduzem a solidificação de um direito antidiscriminatório, o qual conceitua-se como:

(...) um conjunto de medidas jurídicas em âmbito constitucional e infraconstitucional que almeja reduzir a situação de vulnerabilidade de cidadãos e grupos sociais específicos através da proibição de condutas discriminatórias pejorativas, a exemplo (...), da implementação, quando necessário, de políticas públicas de discriminação reversa ou positiva, sempre no sentido de promover tais



grupos e cidadãos a uma situação de potencial igualdade substancial/material, políticas estas normalmente transitórias até que se atinja uma redução significativa ou mesmo extinção da vulnerabilidade em questão.

Dessa feita, se o art. 170, da Constituição Federal, portanto, traz como fundamento da ordem econômica a valorização do trabalho humano calcada na efetivação dos direitos sociais presentes na relação entre empregados e empregadores (artigos 7º ao 11, CF), com a finalidade de assegurar a todos uma existência digna e o firmamento da nossa República Federativa Brasileira (art. 1º, inciso IV, da CF), não há como se permitir situações concretas de discriminação no mercado de trabalho para o grupo dos transexuais.

Não é difícil compreender que, em uma formação social como a nossa, de forte tradição patriarcal e bastante hierarquizada, os transexuais encontrariam maiores dificuldades em suas reivindicações particulares. Já que nosso sistema sempre foi pautado na Divisão sexual binária: Homem versus Mulher, no qual o homem sempre foi enaltecido.

Como dito, o transexual é uma pessoa que se sente em desconexão psíquico-emocional com o seu sexo de nascimento, e a partir do momento que vai crescendo se descobrindo, aumenta a vontade de pertencer ao sexo oposto. Convive com esse antagonismo por vários anos, até conseguir submeter-se a uma cirurgia de mudança de sexo, denominada transgenitalização, a fim de ajustar seu corpo ao sexo psicológico e ter garantido o princípio da dignidade da pessoa humana (MOREIRA, 2015. p. 31).

Se na vida civil, os transexuais encontram barreiras para efetivar direitos básicos, como a garantia do nome social e a consequente alteração dos documentos, também, encontram desafios para a sua inserção no mercado de trabalho, que é marcado por significativas e persistentes desigualdades de sexo, gênero e raça. Dificilmente um trabalhador transexual conseguirá alcançar um alto cargo dentro de uma empresa, pois muitos empregadores temem ter sua imagem ou marca associadas à do funcionário e com isso afetar sua credibilidade. Então, para eles sobram os piores postos laborais, os quais, presumivelmente, são mais mal remunerados (UCHÔA, 2016. p. 94).



Diante das dificuldades enfrentadas e da falta de oportunidade no mercado formal de trabalho, decorrente da exclusão e do preconceito para sobreviverem as únicas alternativas para a maioria dos transexuais são o informalismo e a prostituição, o que aumenta a exposição às situações de violência e permanência à margem do contexto social.

O Brasil, apesar de prevê proteção contra crimes de discriminação e reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, o que configura algumas conquistas, é o país que mais mata travestis e transexuais, segundo a ONG Transgender Europe, correspondendo a 42% dos 295 casos registrados de pessoas transgêneros em todo mundo no ano de 2015. Segundo a Secretaria de Direitos Humanos com relação aos tipos de violações denunciadas durante 2012, as violências psicológicas foram as mais reportadas com 83,2% e logo após as violências físicas com 32, 68%. Dentre outros aspectos estudados, a pesquisa observou que 41% dos entrevistados tentaram suicídio (BRASIL). Referidos dados deverão ser levados em consideração nos processos de formulação, implementação e avaliação das políticas públicas em geral e, em particular, das políticas de emprego, inclusão e redução da pobreza.

É importante frisar, que de acordo com o transconstitucionalismo, a questão do reconhecimento é fundamental para os direitos humanos como inclusão jurídica generalizada de pessoas. Se a ordem do outro não é levada em consideração, a situação de violação dos direitos humanos pode ser ainda mais grave. (NEVES, 2015. p. 7).

Em que pese a Constituição de 1988 consagrar o princípio da igualdade formal e material, questiona-se se essas igualdades são efetivamente garantidas aos cidadãos transexuais. (MOREIRA, 2015. p. 31)

A defesa do respeito ao diferente funciona como uma espécie de mínimo existencial do princípio da igualdade no ambiente político, social e jurídico, pois as constituições são o ponto de partida para a afirmação dos direitos dos diferentes em razão de sua própria diferença. (GALINDO, 2015. p. 44).



A liberdade sexual, como toda e qualquer liberdade, decorre da autonomia privada de cada um e não pode ser tolhida ou ignorada pelo Estado, cujo papel é exatamente o de garantir que os cidadãos gozem plenamente delas. Dessa forma, todo tipo de liberdade individual pode e deve ser considerado direito fundamental, objeto de proteção constitucional de Direitos Humanos.

Enquanto ser humano, não faz diferença se o indivíduo é heteroafetivo, homoafetivo, travesti ou transexual, pois ambos são sujeitos de direito, protegidos pela Constituição Federal de 1988, no artigo 3º, IV, que veda qualquer discriminação em razão da tendência ou orientação sexual, por ser uma característica ligada à liberdade individual, sendo portanto, um direito inalienável, imprescritível, ou seja, inerente a cada cidadão (direito personalíssimo) e deve ser garantido pelo Estado e respeitado pela sociedade.

Dentre as normas internacionais que vedam a discriminação, é importante ressaltar a importância da Convenção no 111 da OIT, ratificada pelo Brasil e que giza sobre discriminação no âmbito de emprego. A legislação interna infraconstitucional de nº 9.029/95 também alberga a condição de não discriminação nas relações de trabalho

Apesar do nosso ordenamento jurídico ter previsão legal que garante à liberdade de gênero, os indivíduos com orientação sexual diferente da considerada ou da instituída como ideal são alvos de estigmatização e exclusão dentro da sociedade, principalmente, no mercado ou no ambiente de trabalho. Ao serem entrevistados os trabalhadores e as trabalhadoras transexuais respondem que uma das atitudes que mais incomoda é não poder ir trabalhar vestida com roupas que se identificam, pois são alvos de piadas, grosserias, e no mínimo, olhares de reprovação, bem como, amargam a falta de aceitação nesses ambientes de sanitário unissex.

Diante da ausência de normas protetivas específicas para os trabalhadores e trabalhadoras transexuais, nada mais justo do que garantir a extensão das normas de proteção do trabalho da mulher, no que couber, com previsão no capítulo III, da Consolidação das Leis Trabalhistas, para as trabalhadoras transexuais, a fim de combater a discriminação sofrida por esse grupo e permitir à inclusão social.



Como exemplo os incisos II, III e V do artigo 373-A, da CLT, salvo algumas disposições legais veda a recusa de emprego, promoção, dispensa, a criação de critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concurso, em empresas provadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar, ou estado de gravidez.

Boaventura Sousa Santos, ao afirmar que “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza, demonstra a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades (SANTOS, 2003. p. 56)

Desse modo, a Justiça do Trabalho vem coibindo e punindo as empresas que discriminam os trabalhadores transexuais. E um dos maiores problemas no âmbito da empresa é a vedação do uso do banheiro feminino (Processo 21076-2012-003-09-00 TRT-PR). Nesse sentido a Súmula no 443 do Tribunal Superior do Trabalho, que presume discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença que cause estigma poderá ser utilizada em sede de interpretação extensiva.

Por isso, é extremamente necessário a implementação de políticas públicas mais efetivas e inclusivas a fim de garantir a esses cidadãos segregados um estado de possível igualdade substancial, como forma de efetivação de seus direitos sociais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É papel do Estado e suas instituições, sobretudo os Poderes Legislativo e Judiciário, garantir os direitos sociais fundamentais para todos os indivíduos e promover a justiça social, sendo imprescindível, portanto, a diversidade de espaços para uma regulação sexual mais efetiva por parte da gestão pública nacional e local da nossa comunidade, mediante uma intervenção mais incisiva não só no sistema escolar, mas também, na formação de políticas públicas de ação repressiva e punitiva, em face da ausência de efetivação dos direitos sociais.



Somente em um ambiente de trabalho, no qual predomine um sistema de valores equitativos e democráticos, no qual haja respeito às diferenças e aos diferentes, haverá probabilidade do exercício da democracia, da justiça e dos direitos humanos. Assim, a quebra de paradigmas tradicionais no ambiente de trabalho, a superação de um ranço cultural e a inclusão desses sujeitos constitucionais só serão efetivadas com políticas incisivas na educação, mudando-se, a partir da execução dessas políticas toda uma geração.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A questão da diversidade e a constituição de 1988**. Direito à Diversidade. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, Secretaria de Direitos Humanos. **Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano de 2012**. Brasília: SDH, 2012.

_____, TRT-PR. Processo 21076-2012-003-09-00

DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado contemporâneo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GALINDO, Bruno. **O direito antidiscriminatório entre a forma e a substância : igualdade material e proteção de grupos vulneráveis pelo reconhecimento da diferença**. Direito à Diversidade. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

GORSDORF, Leandro Franklin. Direitos "LGBT" e a identidade do sujeito constitucional: um caminho para além do arco-íris. In: **Direito constitucional brasileiro: volume I: teoria da constituição e direitos fundamentais**/Clèmerson Merlin Clève, coordenador; coordenadora assistente Ana Lucia Pretto Pereira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MOREIRA, Izabel Rosa. **Diversidade sexual como direito fundamental : o reconhecimento jurídico da homoafetividade no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2015.

NEVES, Marcelo. **Direito Humanos: Inclusão ou Reconhecimento**. Direito à Diversidade. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

PRADO, Anna Priscylla Lima. COSTA, Angélica Souza Veríssimo da. **A identidade de gênero do transexual na principiologia da igualdade numa perspectiva neoconstitucional**. Coordenadora Daniela Marques de Moraes; Coordenador Jaime Ruben Sapolinski Labonarski. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016.



ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Direitos de para todos.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

UCHÔA, Marcelo Ribeiro. **Mulher e mercado de trabalho no Brasil: um estudo sobre igualdade efetiva: baseado no modelo normativo Espanhol.** São Paulo: LTr, 2016.

.....



TRANSGÊNEROS NO MERCADO DE TRABALHO

.....
Pedro Vinicius Da Silva Queiroz¹

1 A SEXUALIDADE COMO PRESSUPOSTO DE CAPACIDADE PROFISSIONAL

Embora desde há muito seja reconhecido pelos estudos sociológicos e antropológicos, dentre outros, que a divisão sexual do trabalho faz parte de um processo de construção e organização das práticas humanas coletivas, é possível observar a emergência de hegemonia cultural no que diz respeito a construção da heterossexualidade como conduta normalizada e considerada correta no quadro de comportamentos sexuais humanos, incluindo também a sua presença nas relações de trabalho. A produção desse padrão hegemônico culminou em uma desconsideração de outras formas de sexualidade, fazendo com que algumas minorias que não fossem reconhecidas como legítimas, perdendo espaço também no mundo do trabalho. Nesse sentido, Foucault, em "História da Sexualidade", aponta que a construção do discurso de classificação sexual apresenta-se como uma imposição histórica e pautada nas determinações culturais. Nas palavras de Guacira Louro², lendo a obra de Foucault, podemos observar que

"A sexualidade, afirma Foucault, é um "dispositivo histórico" (1998). Em outras palavras ele é uma invenção social, uma vez que se constitui, historicamente, a partir dos múltiplos discursos sobre o sexo: discursos que regulam, que normatizam, que instauram saberes, que produzem "verdades"."

Sob a perspectiva de que tudo aquilo que se desvirtuasse desses parâmetros fosse considerado como abominação, imoralidade e pecado, tem-se historicamente uma forte

¹ Estudante do 5º período do curso de Direito da Faculdade de Interação do Sertão - FIS - Serra Talhada/PE.

² LOURO, Guacira Lopes. Pedagogias da sexualidade. In: LOURO, Guacira Louro (Org.) O corpo educado: pedagogias da sexualidade. 3 ed. Trad. Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2010, p.6.



repressão a essas minorias, a sabertoda a comunidade LGBT, a qual, colocada a margem da sociedade 'normal', estava sempre impossibilitada de se expor e de ser reconhecida como legítima.

Sendo assim, é indispensável que tal questão seja colocada, tendo em vista serem o sexo e a sexualidade expressões ainda disseminadas como tabus, não sendo possibilitado a sua discussão. Em decorrência disso traz Foucault³:

"Se o sexo é reprimido, isto é, fadado a proibição, à inexistência e ao mutismo, o simples fato de falar dele e de sua repressão, possui como que um arde transgressão deliberada. Quem emprega essa linguagem coloca-se, até certo ponto, fora do alcance do poder; desordena a lei; antecipa, por menos que seja, a liberdade futura".

Trazendo à tona, mais especificamente, uma análise da comunidade trans e os embates a sua inserção no mercado de trabalho, pontua-se ser este grupo ainda mais reprimido em relação aos demais representantes da comunidade LGBT. É indispensável, de antemão, conceituar o que vem a ser um indivíduo transgênero, tendo em vista uma melhor compreensão da questão. Portanto, entende-se por transgênero aquela pessoa que, biologicamente, não se reconhece na expressão socialmente aceita do seu gênero. O transgênero seria o indivíduo que não sente-se apropriadamente alinhado ao seu corpo biológico ou que busca expressar-se a partir de expressões pertencentes ao gênero oposto daquele que biologicamente lhe foi atribuído. Como também existe uma certa confusão em relação ao que vem a ser um transgênero e um indivíduo travesti, faz-se necessário estabelecer as diferenças entre ambos: o transgênero ou transexual sente que sua anatomia não corresponde à sua identidade de gênero e tem um forte desejo de modificar o corpo, através da terapia hormonal e da cirurgia de redesignação sexual; o travesti, por

³ FOUCAULT, Michel. História da Sexualidade I: A Vontade de Saber. Tradução de Maria Thereza da Costa e Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro, Edições graal, 1998. p. 12.



sua vez, quer poder se expressar como o gênero oposto (usando roupas, por exemplo), mas não tem necessidade de modificar sua anatomia corporal.⁴

Em seus estudos sobre a sexualidade, o filósofo Michel Foucault trouxe intensos e pertinentes esclarecimentos acerca do discurso da classificação sexual, mais precisamente encontrado em sua obra "A história da sexualidade" (1976). Por meio desse discurso, Foucault, em meados do século XX, vem a combater o estigma tradicionalmente imposto de que a prática sexual normal seria apenas aquela realizada entre um homem e uma mulher heterossexuais. Diante disso, ele afirma que tal discurso tradicional não representa apenas uma descrição da natureza reprodutiva humana, mas uma forma de estabelecer relações de poder constituídas historicamente nas sociedades ocidentais, já que o mesmo possibilitou à igreja e à família tradicional um meio de controle sobre o corpo e sexualidade⁵. Coloca ainda Foucault⁶ :

"Dizer que o sexo não é reprimido, ou melhor, dizer que entre o sexo e o poder a relação não é de repressão, corre o risco de ser apenas um paradoxo estéril".

Sendo assim, portanto, é de inimaginável importância o pensamento de Foucault quando trata-se de questões envolvendo gênero e relações de poder. Com isso, buscar-se-á traçar um panorama de como encontra-se a distribuição do mercado de trabalho formal brasileiro e em quais situações empregatícias a comunidade transgênero precisa submeter-se, em razão de sua condição.

⁴Vale ressaltar que os aspectos mais particulares dessa discussão podem ser encontrados em bibliografia vasta constituída por textos clássicos e contemporâneos da teoria queer e das teorias de gênero.

⁵ FOUCAULT, Michel. História da Sexualidade I: A Vontade de Saber. Tradução de Maria Thereza da Costa e Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro, Edições graal, 1998.

⁶ Ibidem, p. 13-14.



2 TRANSFOBIA E SEUS REFLEXOS NO MERCADO DE TRABALHO

A formação da identidade dos indivíduos, a qual perpassa por um mecanismo de diferenciação e aceitação social, realiza-se através da construção de diferenças e de estereótipos estabelecidos na comunidade. Assim como traz Guacira Louro⁷, em “Pedagogias da Sexualidade”, é possível vislumbrar esta concepção:

“Em nossa sociedade, a norma que se estabelece, historicamente, remete ao homem branco, heterossexual, de classe média urbana e cristão, e essa passa a ser a referência que não precisa ser mais nomeada. Serão os ‘outros’ sujeitos sociais que se tornarão ‘marcados’, que se definirão e serão denominados a partir dessa referência. Dessa forma, a mulher é representada como ‘o segundo sexo’ e gays e lésbicas são descritos como desviantes da norma heterossexual”.

Na perspectiva estabelecida pelo patriarcalismo, observa-se a constituição de uma sociedade na qual a figura masculina é tida como superior e dotada de certos privilégios em relação ao ser feminino. Destarte, é imputado a criança certos estereótipos, sobre os quais sua condição de gênero determinará sua função familiar e pública. Sendo assim, o homem será encarregado do provimento, mediante o trabalho, e a mulher pelas responsabilidades domésticas. Com isso, é possível vislumbrar a lógica foucaultiana, no que tange as relações de poder e as imposições culturais presentes na sociedade, as quais são determinantes na valorização do homem em detrimento da figura feminina.

Em meados do ano de 1990, dois anos após a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, é possível identificar uma relevante ascensão dos movimentos de gênero, principalmente os liderados pelos representantes da comunidade LGBT. Com o objetivo de levar a comunidade brasileira a uma conscientização acerca da problemática da AIDS, doença que se disseminou por todo o país, e que tinha, na grande maioria das vezes, os LGBT's como vítimas, estes movimentos almejavam a formação de grupos representativos por todo o país, tendo em vista a quebra do estigma de que tal doença era consequência das relações homoafetivas.

⁷ LOURO, Guacira Lopes. Pedagogias da sexualidade. In: LOURO, Guacira Louro (Org.) O corpo educado: pedagogias da sexualidade. 3 ed. Trad. Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2010, pp. 15-16.



Em detrimento a uma maior exposição física, a comunidade trans (travestis e transexuais) apresentava embates ainda maiores com relação aos demais representantes do grupo LGBT (gays, lésbicas e bissexuais). Sendo assim, por volta da década de 1990 surge no Brasil as primeiras organizações de travestis⁸, os quais buscavam trazer uma maior gama de informação acerca da AIDS, assim como instigar estes indivíduos a enfrentar os estigmas e preconceitos presentes na sociedade e também em prol da construção de políticas públicas de saúde voltadas a esses grupos.

Com a chegada do século XXI, aumentam esses movimentos de gênero, apoiados pela crescente evolução da informática, a qual foi determinante para que tais grupos pudessem, de forma mais facilitada, se exporem e exigirem igualdade de direitos. Logo, foi necessária grande mobilização nos poderes executivo, legislativo e judiciário, para que esses anseios de igualdade fossem minimamente sanados. Porém, é mister que tais providências são tomadas a passos vagarosos, deixando estas pessoas as margens da sociedade.

Dito isto, e trazendo para tal contexto a realidade do mercado de trabalho brasileiro, é possível visualizar uma tremenda desigualdade, a qual vislumbra-se na figura de que este meio foi criado exclusivamente para ser ocupado pelo Homem heterossexual. Assim como traz Boaventura de Souza Santos: "Se Marx é o grande teorizador da desigualdade, Foucault é o grande teorizador da exclusão. Se a desigualdade é um fenômeno socioeconômico, a exclusão é sobretudo um fenômeno cultural e social, um fenômeno de civilização"⁹.

Desde o surgimento do trabalho, observa-se que o homem é colocado como aquele apto e naturalmente formado para este meio, cabendo a mulher os cuidados domésticos e maternais. Tais concepções se refletem, também, quando fale-se em inserir indivíduos de opções sexuais diversas em um mercado que foi concebido

⁸ Assertiva divulgada pelo Conselho Regional de Psicologia do Estado de São Paulo.

⁹SANTOS, Boaventura de Souza. A construção multicultural da igualdade e da diferença. Coimbra: Oficina do CES n. 135,1999, p. 4.



especificadamente para o homem heterossexual. Sendo assim, e diante dessa perspectiva, é possível detectar a precariedade trabalhista a que tais indivíduos transgêneros são submetidos, tendo em vista ser estes não dignos dos trabalhos formais, restando-lhes, na alarmante maioria das vezes, a informalidade.

Assim como exposto anteriormente, trabalhar-se-á, com a análise de alguns dados mínimos, tendo em vista não ser tais indivíduos identificados no meio de trabalho na forma como se reconhecem, pois seus nomes ainda estão registrados como o de nascimento e não como o de reconhecimento social. Logo, deter-se-á, também, na análise de alguns depoimentos, os quais são dados por transgêneros que, mesmo diante de toda uma formação acadêmica e profissional, ainda são rejeitados no mercado de trabalho formal por sua condição sexual.

De antemão, traz-se o levantamento feito pelo Instituto Ethos realizado no ano de 2016 com as 500 maiores organizações do país¹⁰. Tais dados mostram, mais uma vez, a vasta desigualdade que permeia o mercado de trabalho brasileiro, tendo em vista que a opção sexual das pessoas é mais valorosa que seu profissionalismo e que sua formação.

Nesse aspecto, portanto, trouxe a ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais) que cerca de 90% destas pessoas vivem da prostituição e que grande parte dos 10% restantes estão inseridos nos conhecidos "Empregos Invisíveis" (call centers, estoques, telemarketing, dentre outros¹¹). Tal constatação advém do fato de que, por tais indivíduos estarem expondo diretamente sua condição sexual, as empresas não querem lidar com os "possíveis constrangimentos" envolvidos nessa situação. No tocante a esta análise, tem-se que tais frustrações tidas por tais indivíduos, leva-os, quase sempre, a criarem uma autodefesa de que a sociedade jamais dará conta de aceita-los na forma em que se encontram, possibilitando que cresça ainda mais os índices de travestis e

¹⁰ Publicação do Jornal Diário de Pernambuco do dia 05/08/2017.

¹¹ Publicação do Jornal Diário de Pernambuco do dia 05/08/2017.



transexuais que vivem da prostituição e de outros meios de sustento considerados não lícitos.

No que diz respeito aos “Empregos Invisíveis”, aos quais a comunidade transgênera precisa submeter-se já que o mercado formal está direcionado, na exorbitante maioria das vezes, ao homem heterossexual, é válido trazer à tona alguns índices que comprovam tal constatação. Em primeiro lugar, sabemos que em tais empregos o profissional não se encontra em contato direto com os consumidores, em razão das empresas indicarem que em havendo esse contato, haveria sérios constrangimentos, já que estes profissionais estão expondo claramente sua condição sexual, seja por meio de suas vestes, ou por qualquer outra exposição que cause espanto aos olhos dos que presenciam.

Nessa perspectiva, tem-se o telemarketing como um dos principais refúgios a estes indivíduos transgêneros, o qual representa uma das modalidades empregatícias mais recorrentes em todo o país e por estar intrinsecamente ligada ao não contato físico entre empregado e consumidor. Acerca de levantamento feito pelo Sindicato Paulista das Empresas de Telemarketing, no ano de 2012, tem-se que os quadros dos atendentes são preenchidos, em quase toda a totalidade, por indivíduos do sexo feminino (69%), sendo que os do sexo masculino estão na ocupação dos principais cargos, a saber os cargos de direção e de chefia¹².

Trazendo tais dados e contrapondo-os com os de que cerca de 10% dos travestis e transexuais encontram-se nestes empregos invisíveis, percebe-se que, nitidamente, em razão da precariedade empregatícia as quais as mulheres do sexo feminino estão submetidas, é também transfigurada a estes indivíduos essa condição, já que são colados como pertencentes ao sexo feminino, devendo assim, analogicamente, serem destinados as mesmas condições que estas ou até mesmo a situações de uma vida sem qualidade ou perspectiva alguma.

¹² Dados apontados pelo Sindicato dos trabalhadores do Estado de São Paulo com relação ano de 2012.



Sob essa égide, constata-se a formação de um mercado de trabalho pragmático, mediante o qual a inserção dessa comunidade transgênera acarretaria em prejuízos, já que tais empregadores usam do discurso de que a sociedade não está apta a acolher estes indivíduos, o que culminaria em quedas nos índices dessa empresa. Toda essa visão preconcebida e estagnaria possibilita a sociedade a constituir-se sob uma visão distorcida acerca dos travestis e transexuais, fomentado em prejuízos sociais inimagináveis e impedindo que o progresso pela formação de um mercado de trabalho com iguais oportunidades, independente de condição sexual alguma, seja constituído.

Ainda com relação a hegemonia do indivíduo heterossexual, mais precisamente do homem, é válido trazer alguns dados, os quais foram coletados pela Companhia Elancers no ano de 2015, comprovando que 38% das empresas brasileiras não contratariam pessoas LGBT's para cargos de chefia. Sendo assim, é nítida a presença, ainda, de uma sociedade estratificada, sob a qual determinados cargos, presentes no mercado, são dignos àqueles que "naturalmente" foram designados. Nessa perspectiva, trouxe o sociólogo Michael Warner¹³, em seus estudos acerca da heteronormatividade, uma concepção clara e concisa a respeito da formação de uma sociedade adstrita das questões de inserir os diversos gêneros ao meio social.

"A heteronormatividade expressa as expectativas, as demandas e as obrigações sociais que derivam do pressuposto da heterossexualidade como natural e, portanto, fundamento da sociedade".

Diante dessa análise, portanto, é possível identificar que o atual mercado de trabalho brasileiro é constituído de tamanhos preconceitos e estereótipos, que a inviabilidade da comunidade transgênera em adentrar nesse meio é cada vez mais recorrente. Tais dados demonstram a ineficácia das empresas e do próprio Estado em não oferecer um ambiente igualitário no espaço de trabalho, no qual os profissionais deveriam

¹³WARNER, Michael. (editor) **Fear of a Queer Planet**: queer politics and social theory.



estar sendo selecionados mediante sua capacitação e qualificação. Ao invés disso, alimentam ainda mais a visão distorcida da sociedade em preconceber que o lugar de travesti e de transexual é na prostituição.

Uma outra face dessa problemática está presente na formação profissional desses indivíduos transgêneros. É uma realidade bastante recorrente, já que desde da infância tais pessoas são submetidas a condizerem com o gênero que nasceram, devendo seguir aos padrões comportamentais impostos por uma sociedade repressora. Diante disso, as dificuldades as quais estes indivíduos são submetidos iniciam já nos corredores do colégio, onde crianças não instruídas por seus pais a aceitarem as diferenças, aprisionam estas outras em um muro de preconceitos, possibilitando-lhes uma vida atormentada pela não aceitação. Tais influências negativas são refletidas diretamente na vida adulta destas pessoas e conseqüentemente a não sentirem-se aptas a exercerem qualquer profissão, levando-as, assim, a prática da prostituição como um meio de sobrevivência.

Outra parcela minoritária na incessante busca pela aceitação social e por almejamem que lhes sejam dadas garantias iguais aos demais indivíduos, constroem, com muita dificuldade, uma carreira profissional qualificada das melhores formas possíveis. No entanto, mesmo apresentando currículos invejáveis, ainda são colocados as margens do mercado de trabalho formal, em decorrência de sua condição sexual e pelo fato das empresas não quererem investir em alguém que, mesmo capacitado, venha a trazer prejuízos a empresa, no que tange aos possíveis embates que venham a ser oferecidos pelos clientes e até mesmo pelos conflitos no próprio meio de trabalho, em decorrência da não aceitação dos demais funcionários.

Consoante a essa problemática, faz-se essencial expor um caso concreto acerca de uma militante transexual, ex-diretora da divisão de políticas para a diversidade sexual de São Carlos, Angela Lopes. Através de seu depoimento é possível observar os fortes desafios a que uma criança transgênero é submetida, e como tais embates acarretam em prejuízos na formação pessoal e profissional desta. Nessa perspectiva, têm-se adultos



transgêneros sem motivação alguma a constituir uma carreira profissional sólida, já que são direcionados pela própria sociedade a ter como única escolha o trabalho sexual.

Frente a imensuráveis embates, poucos casos ainda são constatados no tocante a inserção dos transgêneros no mercado de trabalho. Seguindo com o depoimento dado pela militante transexual Angela Lopes em uma entrevista ao jornal Estadão no ano de 2017¹⁴, relata a mesma:

“É uma sucessão de dificuldades que a gente enfrenta desde o momento da percepção da identidade até a vida adulta. Eu tenho 42 anos e ainda enfrento essas dificuldades no dia a dia. Você tem mais de 90%, isso é um dado da ANTRA [Associação Nacional de Travestis e Transexuais], mais de 90% de travestis e transexuais vivendo unicamente da prostituição. Isso é um aprisionamento social. A sociedade designou que esses seres humanos não possuem potencialidades para exercer outra função que não seja o trabalho sexual, aí elas são colocadas como objeto.”

Sendo assim, portanto, é inegável que tais indivíduos são constantemente sujeitos aos piores tipos de constrangimentos, no tocante a forma como se expõem, culminando em barreiras impenetráveis quanto a sua aceitação no meio social e ainda mais no mercado de trabalho. O relato anteriormente exposto representa apenas um dos muitos existentes entre a comunidade transgênero quando se fala na formação de um mercado de trabalho de oportunidades isonômicas para todos os indivíduos.

Conjuntamente, e como uma forma de possibilitar a tais indivíduos alguma outra possibilidade empregatícia diferente do trabalho sexual, foi criado por três militantes da causa transgênera, Daniela Andrade, Márcia Rocha e Paulo Bevilacqua, o site Transempregos, que objetiva a divulgação de empregos para indivíduos transexuais, possibilitando a estes uma realidade diferente da prostituição. Entretanto, estes militantes relatam que em decorrência da inviabilidade de vagas no mercado e frente a grande procura no site por empregos, tem-se que muitos destes transexuais não conseguem inserir-se nesse meio.

¹⁴ Entrevista dada ao jornal Estadão no dia 10/04/2017.



"A demanda cresce enlouquecidamente. Mesmo avisando que o site está fora do ar, por enquanto, existem pessoas enviando e-mails, mandando mensagem para a página no Facebook, contactando a gente via mensagem privada. A pessoa é desencorajada a estudar por causa de insultos, piadas e até mesmo agressões físicas. Se sente deslocada num ambiente que não é acolhedor a minorias e não pode se assumir de forma segura." Relata o Artista Plástico e fundador do site, Paulo Bevilacqua".

Em virtude da problemática até o momento colocada, fica claro que a sociedade ainda vive sob os moldes do patriarcalismo, no qual a guerra pelo poder impede que verdadeiras transformações possam vir à tona. Em relatório divulgado pela secretaria de direitos humanos¹⁵, no ano de 2013, é possível observar um panorama de violência homofóbica, sob qual o Brasil se encontra. No ano de 2013, foram reportadas 9,31 violações de direitos humanos de caráter homofóbico do total de violações no dia. A cada dia, durante o ano de 2013, 5,22 pessoas foram vítimas de violência homofóbica do total de casos reportados no país. Sendo assim, constata-se um mercado de trabalho que não presa por princípios constitucionais básicos, como a igualdade e a dignidade da pessoa humana, acarretando em caos social e um pesadelo para as minorias.

3 COMO A CIÊNCIA JURÍDICA E A SOCIEDADE PODEM CONTRIBUIR NA FORMAÇÃO DE UM MERCADO DE TRABALHO INCLUSIVO?

Face a breve discussão apresentada anteriormente, é possível traçar um paralelo entre as definições de gênero e de sexualidade e como tais paradigmas influenciam intimamente na formação de um mercado de trabalho desequilibrado. Nessa perspectiva, Judith Butler¹⁶ afirma:

"[...] a construção política do sujeito procede vinculada a certos objetivos de legitimação e de exclusão, e essas operações políticas são efetivamente ocultas e

¹⁵BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano de 2013. Brasília: SDH, 2013, p. 13

¹⁶ BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade; tradução: Renato Aguiar - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003



naturalizadas por uma análise política que toma as estruturas jurídicas como seu fundamento. O poder jurídico —produz inevitavelmente o que alega meramente representar; consequentemente, a política tem de se preocupar com essa função dual do poder: jurídica e produtiva. Com efeito, a lei produz e depois oculta a noção de —sujeito perante a lei, de modo a invocar essa formação discursiva como premissa básica natural que legitima, subsequentemente, a própria hegemonia reguladora da lei [...]”.

Mediante tais colocações, é possível observar que a despreocupação, por parte do poder legislativo, em contemplar a proteção dessa minoria, a saber o indivíduo transexual, intensifica, ainda mais, o processo de discriminação destes, assim como a resistência para serem inseridos no mercado de trabalho com as mesmas condições e garantias que qualquer outro cidadão heterossexual possui.

Consoante a estas novas determinações de gênero e de sexualidade, onde indivíduos não reconhecem seu gênero como expressão direta de sua construção do sexo biológico, tem-se a constituição de uma sociedade pluralística, na qual as transformações sociais e o próprio Direito devem acompanhar tais conjunturas. Entretanto, o que é visto atualmente é uma sociedade construída sobre os pilares do preconceito, na qual tudo aquilo que se desvia da “normalidade” deve ser reprimido e dizimado. Tais reflexos são transpostos diretamente ao mercado de trabalho, no qual o diferente não tem espaço. Condicionar a perspectiva de vida destes indivíduos transgêneros, afastando-os do mercado de trabalho formal, apenas acentua que a sociedade brasileira ainda precisa entender o real significado de evolução social.

A partir do momento em que passa a existir no meio social a concepção de que a valorização deve ser dada ao indivíduo como ser humano e não a determinado gênero ou a certas opções sexuais, será possível vislumbrar um mercado de trabalho igualitário, com iguais oportunidades a todos. Berenice Bento nos alerta que “o conceito de humano está assentado em um projeto político que retira humanidade daqueles que não tem o gênero



compatível com o sexo”¹⁷. Reitera a mesma que “enquanto a diferença sexual estiver no centro de invenção do humano moderno, a transexualidade e outras expressões de gênero que negam essa precedência estarão relegadas ao limbo existencial”¹⁸

Nesse aspecto, constata-se a real necessidade de trazer a tais indivíduos transgêneros uma maior proteção jurídica, tendo em vista e precariedade a qual são constantemente submetidos. Com esse ímpeto, trouxe o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região, no ano de 2014, decisão que acolheu pedido de indenização por assédio moral e dano moral de empregado que sofreu constrangimento do gerente, em decorrência de sua opção sexual, a saber, que o mesmo era um travesti¹⁹. Nessa lógica, é imprescindível que se traga tais decisões para o âmbito da regulamentação, tendo em vista a existência de uma conjuntura social que não mais comporta tais mudanças.

Portanto, o Direito, como uma ciência social, deve, impreterivelmente, acompanhar todas as mudanças sociais, assim como garantir que estas transformações possam estar regulamentadas, tendo em vista a proteção de todas as minorias. Sendo a comunidade transgênera parte da minoria e por sofrer inimagináveis repressões, é indispensável que a ciência jurídica detenha-se em assegurar a estes uma vida digna, proporcionando-lhes iguais oportunidades de inserção ao mercado de trabalho. A regulamentação constitucional precisa passar pela aplicabilidade e por uma imposição direta ao meio social, tendo em vista a proteção dos princípios e dos direitos fundamentais expressos na mesma. De nada servirá um conjunto de leis em defesa da diversidade e da diferença se não houver esforço para transformá-las em comportamento recorrente no espaço social. Não nos serve uma lei que não se preocupa com a proteção dos direitos destas minorias, a

¹⁷BENTO, Berenice. Política da diferença: feminismos e transexualidade. In: COLLING, Leandro. (Org.) Stonewall 40 + o que no Brasil? Salvador: EDUFBA, 2011, p. 90.

¹⁸ Ibidem, p. 91.

¹⁹(TRT-4 - RO: 00202585820155040781 RS 0020258-58.2015.5.04.0781, Relator: Juraci Galvao Junior, Data de Julgamento: 14/12/2015, 8ª Turma).



qual constantemente depara-se com repressões diversas, principalmente no que diz respeito a sua inserção no mercado de trabalho.

REFERÊNCIAS

FOUCAULT, Michel. História da Sexualidade I: A Vontade de Saber. Tradução de Maria Thereza da Costa e Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1998.

WARNER, Michael. (editor) Fear of a Queer Planet: queer politics and social theory. Minneapolis/London: University of Minnesota Press, 1993.

BENTO, Berenice. Política da diferença: feminismos e transexualidade. In: COLLING, Leandro. (Org.) Stonewall 40 + o que no Brasil? Salvador: EDUFBA, 2011.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano de 2013. Brasília: SDH, 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza. A construção multicultural da igualdade e da diferença. Coimbra: Oficina do CES n. 135, 1999.

LOURO, Guacira Lopes. Pedagogias da sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes (Org.) O corpo educado: pedagogias da sexualidade. 3 ed. Trad. Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

FACCHINE, Regina. Histórico de Luta LGBT no Brasil. Conselho Regional de Psicologia de SP. Acesso em: 05 de out. 2017. Disponível em: <http://www.crpsp.org.br/portal/comunicacao/cadernos_tematicos/11/frames/fr_historico.aspx>

ESTADÃO, Portal do Estado de SP. Transgênero, Transexual, Travesti: os desafios para inclusão do grupo no mercado de trabalho. Amcham Brasil, São Paulo, 10. Abril. 2017. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/blogs/ecoando/transgenero-transexual-travesti-os-desafios-para-a-inclusao-do-grupo-no-mercado-de-trabalho/>>

NASCIMENTO, Victor. Em busca de diversidade e inserção. Diário de Pernambuco, Pernambuco, 05. Ago. 2017. Disponível em: <http://www.impresso.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/cadernos/economia/2017/08/05/interna_economia,173139/em-busca-de-diversidade-e-insercao.shtml>

.....

DIREITO AMBIENTAL





O PROBLEMA DA TITULARIDADE DAS TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL:

UMA INVESTIGAÇÃO DAS IMPLICAÇÕES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE A PARTIR DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

.....
Ana Carolina Amaral Pinto¹

Cláudia Xavier de Castro²

Renata Xavier de Castro³

1 INTRODUÇÃO

Esse artigo é resultado da participação no IV Colóquio Internacional de Pesquisadores em Direito realizado em outubro de 2017. Tal participação se deu a partir dos estudos aprofundados do Caso *“Povo Xukuru e outros Vs. Brasil”*, primeiro caso indígena brasileiro a tramitar na Corte Interamericana de Direitos Humanos, enquanto pesquisadoras do Grupo de pesquisa-ação *“Acesso ao Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos”*. Em vista disso, a produção deste trabalho manifesta uma questão essencial para a efetivação dos direitos indígenas no Brasil: a problemática da titularidade das terras indígenas. Tal temática reflete em violações humanitárias que tradicionalmente foram construídas em desvalor dos índios, especialmente, no que concerne à questão fundiária brasileira.

A matéria ainda torna-se paradigmática e assume maior dimensão quando observado que as comunidades quilombolas têm reconhecido constitucionalmente

¹ Aluna de Graduação do curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Bolsista de Iniciação Científica FACEPE. Extensionista no Projeto de pesquisa-ação da UFPE *“Acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos”*.

² Aluna de Graduação do curso de Direito da Universidade Federal Pernambuco. Bolsista UFPE edital PIBEXC temático 2017. Extensionista-bolsista no Projeto de pesquisa-ação da UFPE *“Acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos”*.

³ Aluna de Graduação do curso de Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Extensionista do Projeto de pesquisa-ação *“Acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos”*.



direito à propriedade das terras que ocupam, enquanto os indígenas só possuem o direito à posse e usufruto de seus territórios.

Nesse sentido, verifica-se a necessidade de observância da interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos, realizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre a proteção do direito de titulação aos indígenas, visto a ocupação tradicional do território e a relação de identificação com as terras, pois, os Tratados de Direitos Humanos e a própria Constituição Federal modificam a lógica interpretativa e dilatam a interação dialógica entre as normas internacionais e as de direito interno. Dessa maneira, as supracitadas fontes de Direito tornam-se complementares, e favorecem a população indígena quando observadas conjuntamente.

À vista disso, questiona-se, então, sob o ponto de vista do Controle de Constitucionalidade e da perspectiva da harmonização das fontes, a relação entre a Constituição Federal de 1988 e a Convenção Americana de Direitos humanos, como parâmetros de ampliação das garantias constitucionais e concretização dos direitos originários das populações indígenas.

2 O ESTATUTO DA TITULARIDADE DAS TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988 foi um marco paradigmático na salvaguarda dos direitos indígenas, bem como no reconhecimento da identificação da estrutura cultural e social dessas populações, viabilizando instrumentos jurídicos para manutenção e preservação das expressões socioculturais. Nesse sentido, a Constituinte Cidadã rompeu com o panorama da incapacidade jurídica dos índios, que em um contexto anterior eram intitulados como Silvícolas, seres indispensáveis a um regime tutelar estatal. Portanto, a Lei maior foi referência imprescindível para se iniciar a retirada dessa perspectiva discriminatória e assimilacionista, observando o arranjo dos índios como unidades histórico-social e cultural, legitimados como titulares de direitos basilares e originários em razão da sobrevivência física e cultural. A exemplificar a redação do artigo 231 caput:



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.

Neste sentido, é reconhecida a personalidade jurídica para as populações indígenas e a capacidade de contrair direitos e deveres, sem a necessidade de qualquer proteção especial por parte do Estado ou órgãos indigenistas estatais. Tal dispositivo revela um avanço na conjuntura de proteção desses povos, por definitivamente, legitimar a eles a cidadania. Não obstante, embora os direitos aos indígenas não estejam dispostos no rol formal dos direitos fundamentais da Lei Maior, constituem direitos fundamentais materiais, portanto, detém aplicabilidade imediata.

A Constituição Federal de 1988 ainda estabelece no artigo 231 as condições de posse das terras indígenas baseando-se na ancestralidade, isto é, nas relações ancestrais e utiliza-se de critérios sociais, culturais e históricos, sobrevivendo o reconhecimento dos direitos originários dos indígenas sobre seus territórios. Tais parâmetros vão configurar o indigenato, teoria que preceitua o direito dos indígenas à sua terra como originário, distanciando a posse com a concepção de ocupação. Assim, é importante observar que o instituto da posse não constitui uma nova situação jurídica, mas apenas concebe o reconhecimento de um direito já existente.

Assim, a questão mais enfática da problemática da titularidade de terras indígenas perfaz a diferenciação da posse e propriedade. Isto porque, o direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro, comumente, ainda está perfilado sob alicerce do pensamento liberal, em que o Estado resguarda a propriedade privada que possui cunho estritamente econômico. O código Civil brasileiro de 2002, por exemplo, não faz menção ao sentido coletivo de propriedade, que ensejaria na maior proteção aos povos indígenas, como consubstanciado na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Tendo em vista isso, não se pode pensar que este sentido de propriedade é exógeno ou restritivo ao direito de propriedade individual consolidado pela CF/88 e pelos demais dispositivos internos já que, na verdade, o direito à propriedade comunal é



constitutivo deste. A partir desse entendimento, a Corte Interamericana interpreta o artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos que, apesar de textualmente apenas mencionar a propriedade privada é interpretado de maneira extensiva com vistas a proteger as demais formas de relação fundiária.

É importante observar que, contraditoriamente, o direito à propriedade das terras é resguardado às comunidades quilombolas, como se observa no artigo 68 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias: *“Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”*. Enquanto os índios detêm apenas a posse permanente e a propriedade pertence à União, constituindo a principal obrigação imposta ao Poder Público, a demarcação das terras indígenas. Para tal ação, a União delega à Fundação Nacional do Índio (FUNAI) que executa a demarcação consoante aos dispositivos infraconstitucionais como o Estatuto do Índio, Decreto Nº 1775 de 1996 e a Lei Nº 6.015/73.

As legislações infraconstitucionais ao serem analisadas sob o parâmetro de constitucionalidade retratam a incongruência das normas de proteção indígena. Isto porque, a criação do Estatuto do Índio, posteriormente ao estabelecimento da FUNAI, em 1973, foi inserida no plano anterior a Constituição de 1988, mais abrangente da ditadura militar, consagrada na Lei Nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Assim, previa uma visão assimilacionista que tinha por escopo a integração dos povos na sociedade nacional. Sua base estava na garantia aos índios a uma proteção especial por meio da tutela do Estado, ideia, atualmente, sucedida pela Constituição Federal de 1988, visto que o Ministério Público Federal introduziu-se como defensor dos direitos e interesses dos povos indígenas. É profícuo pontuar que, ao retratá-los como tal, faz com que a maioria dos seus atos sem a assistência da FUNAI, órgão de proteção indigenista, seriam nulos, caracterizando-se empecilho ao crescimento e manutenção da cultura indígena.

Em consequência do pensamento integracionista positivado na época, o Poder Público acabou por realizar inúmeras intervenções em terras historicamente ligadas aos



povos indígenas, o que evidencia a insegurança jurídica que advém do não reconhecimento do direito de propriedade coletiva, conforme se diz respeito ao artigo 20 do Estatuto do Índio, que versa:

“Art. 20. Em caráter excepcional e por qualquer dos motivos adiante enumerados, poderá a União intervir, se não houver solução alternativa, em área indígena, determinada a providência por decreto do Presidente da República.

1º A intervenção poderá ser decretada:

- a) para pôr termo à luta entre grupos tribais;
- b) para combater graves surtos epidêmicos (...).
- c) por imposição da segurança nacional;
- d) para a realização de obras públicas que interessem ao desenvolvimento nacional;
- e) para reprimir a turbação ou esbulho em larga escala;
- f) para a exploração de riquezas do subsolo de relevante interesse para a segurança e o desenvolvimento nacional”.

Tais restituições ocorrem, especialmente, com base na doutrina da segurança nacional. A realização de obras públicas e a exploração de riquezas, a despeito de o próprio Estatuto afirmar sua excepcionalidade, constituem como prática habitual da reintegração. A pretensão de se explorar estrategicamente aquelas áreas economicamente sobrepõe à tentativa e a consciência de salvaguarda das terras entrelaçadas a esses povos. Assim, é imprescindível mencionar que devido à conjuntura em que foi criado o Estatuto do Índio, o pressuposto de ideologia da Segurança Nacional e do desenvolvimento foi imensamente utilizado para a obtenção das terras indígenas.

Nesta perspectiva, a previsão normativa da posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nas terras existentes para as populações indígenas independem da demarcação, que possui apenas o caráter declaratório. Apesar disso, a Constituição estabelece que é obrigação estatal promover o reconhecimento realizando a demarcação e estabelecendo os limites a fim de garantir a proteção e buscando o alcance da autodeterminação dos povos indígenas.

Diante desse contexto, o Decreto nº 1775/1996 estabelece todo o trâmite legal para o cumprimento da política indigenista no Brasil, estabelecendo providência para o decurso do processo administrativo de demarcação territorial, orientado pela FUNAI (Fundação



Nacional do Índio). Tal edito estipula sete fases procedimentais para delimitar um território indígena oficialmente: (I) Identificação, (II) Aprovação pela FUNAI, (III) Contestações, (IV) Declaração de limites pelo Ministro da Justiça, (V) Demarcação física, (VI) Homologação presidencial e (VII) Registro. É perceptível que tal Decreto não garante a celeridade das demarcações territoriais e do conseqüente registro, haja vista que as duas últimas etapas do processo não possuem prazos definidos o que dá ensejo ao prolongamento indefinido desses estágios de delimitação.

No que concerne à materialização do processo de demarcação de terras, através do Registro Público, consignado pela Lei Nº 6.015, não é possível encontrar uma referência específica da propriedade comunal e a regulação de registro distintivo para as comunidades indígenas. Apesar da abordagem do artigo 246 refira-se de como irá promover o registro da terra, a lei, em particular, mostra-se insuficiente para regulamentar à questão fundiária indígena, visto que mesmo atribuindo à posse permanente, tem-se em face o conceito de propriedade coletiva.

Essa noção atual acaba por trazer em si, a necessidade de um contexto procedimental diferenciado, tendo em vista que o processo de oficialização das terras indígenas, não possui legislação específica, sendo embarcada na Lei de Registros Públicos, o que torna o processo demarcatório suscetível a incorreções.

3 MEDIDAS GOVERNAMENTAIS RECENTES QUE OBJETIVAM A ALTERAÇÃO DO REGIME DE TITULARIDADE DAS TERRAS INDÍGENAS

As recentes medidas governamentais que visam à alteração do Estatuto das terras indígenas no Brasil tendem a dificultar ainda mais a efetivação de direitos e a segurança dessas populações sobre os seus territórios. Elas, além de obstarem o início de novas demarcações de terras, paralisam os processos que já se iniciaram. Problematicamente, essas medidas não indicam o interesse de ampliar a proteção aos povos indígenas



conferindo-lhes o reconhecimento da propriedade coletiva tal como a Corte Interamericana concebe.

Dessa forma, em um panorama geral, as propostas de alteração do Estatuto de direitos indígenas demonstram o atual tratamento dado à questão do território, o qual limita o direito à propriedade comunal. Além disso, expressa a perspectiva futura sobre a questão fundiária brasileira, resultante desse cenário que, como se sabe, é influenciado fortemente por questões políticas e econômicas. Dessa forma, observa-se que as recentes propostas governamentais não foram elaboradas mediante consulta adequada às populações indígenas, as quais se mostraram manifestamente contrárias a tais projetos, fato que demonstra a baixa efetivação do direito à consulta presente na Convenção Americana de Direitos Humanos e reiterado pela Corte Interamericana.

A Proposta de Emenda à Constituição 215 de 2000 (PEC 215) tem a pretensão de acrescentar a função de demarcar terras indígenas ao elenco de atribuições exclusivas do Congresso Nacional. O que, nas palavras da relatora especial sobre os direitos dos povos indígenas da Organização das Nações Unidas, *Victoria Tauri-Corpuz*, transforma um processo técnico de reconhecimento de terras em um processo meramente político. Isto reforça a ideia de que os Decretos presidenciais, a partir dos quais permitem o registro da terra, possuem caráter estritamente declaratório, já que se trata de um direito originário. Além dessa questão, as populações indígenas não possuem representatividade no Parlamento brasileiro que, no atual governo, tem como maior bancada a Frente Parlamentar Agropecuária. São frequentes as tensões existentes entre essa bancada e os povos indígenas acerca das questões fundiárias, haja vista que a Bancada Ruralista claramente privilegia os interesses do agronegócio em detrimento dos direitos territoriais indígenas, situação que obstruirá a demarcação de terras se tal PEC for aprovada.

Em 20 de janeiro de 2017 o então Ministro da Justiça, Alexandre de Moraes, expediu a Portaria Nº 80 que estabelece a criação de um "Grupo Técnico Especializado", GTE, cuja função é auxiliar o Ministro em suas competências previstas no Decreto 1775/96. Esta



Portaria substitui a Portaria Nº 68, revogada em 18 de janeiro de 2017 após fortes críticas das populações indígenas, da Fundação Nacional do Índio e do Ministério Público Federal.

A Portaria Nº 68, atualmente revogada, determinava que as atribuições técnicas exclusivas da FUNAI, órgão indigenista oficial do Brasil e, portanto, mais bem especializado para tratar das questões indígenas, deveriam passar pela avaliação do GTE. Designava ainda ao Grupo Especializado a função de, no relatório circunstanciado, provar a ocupação da terra e o uso histórico dos recursos hídricos. Como se sabe, essa função é cumprida por um Grupo Técnico coordenado por antropólogo especializado cujo laudo leva em consideração muito além de provas históricas de ocupação, de acordo com o artigo 2º, § 1º do Decreto 1775/1996.

A Portaria Nº 80 manteve o GTE apesar de retirar algumas de suas atribuições. Dessa forma, agora para que uma área seja delimitada, demarcada e registrada as atividades da FUNAI deverão passar pelo crivo do Grupo de Trabalho Especializado tal qual este novo dispositivo estabelece. As consequências desta Portaria, na realidade, é implicar na ampliação dos prazos das demarcações tendo em vista que as atribuições delegadas fazem já parte do rol de funções exclusivas da FUNAI.

A ação mais recente do governo que demonstra a falta de diligência em relação às populações indígenas foi realizada em junho de 2017, quando o Presidente Michel Temer aprovou o Parecer Vinculante Nº 001/2017/GAB/CGU/AGU estabelecido pela Advocacia Geral da União, nos termos do artigo 40º, § 1º da Lei Complementar 73 de 1993.

Tal parecer tem o condão de tornar obrigatório a todos os órgãos da Administração Pública os pré-requisitos interpostos à demarcação de terras indígenas que, segundo o Parecer, estão presentes na decisão do Supremo Tribunal Federal no Caso Raposa Serra do Sol. Na realidade, o parecer reforça as hipóteses de intervenção estatal em terras indígenas presentes no artigo 20º do Estatuto do Índio e torna vinculante a aplicação do preceito do marco temporal. Com isso, o entendimento do Parecer é de que para que as terras sejam demarcadas elas deveriam estar ocupadas no dia da promulgação da Constituição de 1988: 5 de outubro de 1988. Dessa maneira, o Parecer desconsidera todos



os casos de esbulho possessório ocorridos na época do regime militar, nos quais as terras indígenas eram invadidas por obras públicas, e os índios eram expulsos de suas terras e mortos como revelou a Comissão Nacional da Verdade.

Em nota, o Ministério Público Federal foi contrário ao Parecer da AGU, entendendo ainda que:

“Se marco temporal existe, não está em 1988, mas na continuidade da história constitucional da afirmação dos direitos territoriais indígenas, que se inicia em 1934, repetido em 1937 e 1946, ampliado em 1967 e mais ainda na EC de 1969, e densamente positivado na Constituição de 1988. Esse histórico tem ressonância na jurisprudência consolidada e reiterada do Supremo Tribunal Federal, muito embora tenha sido ignorado pelo parecer”.

A Comissão Parlamentar de Inquérito da FUNAI - CPI da FUNAI - mostra-se como uma ação de caráter político que tem ajudado a enfraquecer o papel da FUNAI enquanto órgão indigenista oficial do Brasil. Neste sentido, o órgão tem sofrido com as reduções de verba e diminuição de funcionários, além disso, a criminalização de suas atividades têm obstruído o exercício pleno de suas funções, inclusive este é um dos fatores - apontado pela Relatora Especial da ONU Victoria Taluiri-Corpuz - que contribui para a paralisação das demarcações.

A CPI incriminou a atuação de antropólogos e das universidades. Em seu relatório final indiciou 67 pessoas, das quais estão presentes antropólogos, servidores da FUNAI e lideranças indígenas. De maneira perplexa, o relatório final expressa que muitos preceitos estabelecidos pela Convenção Nº 169 da OIT estão em desacordo com a Constituição Federal. Como se evidencia, tal relatório demonstra que o Estado ainda enxerga as normas internacionais de direitos humanos através da ótica da observância e não da obediência. Então, as normas adotadas pelo Brasil através da ratificação de Tratados e Convenções são vistas como sendo algo externo ao Direito brasileiro e não como normas incluídas no ordenamento interno (CARDOSO, Evorah Lusci, 2012, P. 37).

Em nota, o Ministério Público Federal mostrou-se contrário às ações da CPI e reconhece o seu caráter político. Todas essas ações governamentais têm apontado para a



paralisação da demarcação de terras e para a intervenção em terras já demarcadas o que, diante do cenário político, favorece o não reconhecimento do direito à propriedade coletiva e não efetiva até mesmo o direito possessório e usufrutuário de tal maneira que passa a restringi-los.

4 CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: DIÁLOGO HORIZONTAL ENTRE AS FONTES

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde 2001, no caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua, tem um papel importante na consolidação dos direitos de propriedade e direitos indígenas em escala regional e mundial. Percebe-se que em diversos julgados, a Corte constrói de maneira reiterada a concepção de propriedade comunal e titularidade das terras.

Neste sentido, o direito das comunidades indígenas à propriedade coletiva de suas terras tradicionais se concretiza, entre outras, na responsabilidade do Estado de delimitar, demarcar e titularizar o território das respectivas comunidades. No caso Yakye Axa e Sawhoyamaxa, a jurisprudência reafirmou que os integrantes dos povos indígenas e tribais têm o direito de serem titulares das terras que ocupavam tradicionalmente. Assim, devido à conexão intrínseca entre os povos indígenas e seus territórios, para garantir-lhes a sobrevivência cultural, social e econômica é necessária à proteção do direito a propriedade sobre este território. Por esta razão, a reclamação pela titularidade das terras dos integrantes dos povos indígenas deriva da necessidade de garantir a segurança e a permanência do controle e uso dos recursos naturais.

A exemplificar, o caso Yatama VS. Nicarágua demonstra a importância de mencionar a propriedade coletiva e a titularidade das terras para a consubstanciação do Estado de direito.

Tudo isso se reúne na sentença da Corte, na qual se destacam: a) a titularidade de direitos sobre o território ocupado tradicionalmente, além da falta de documentação que a demonstre, levando em consideração que a formalidade documental não é elemento constitutivo da propriedade nestes casos, nem prova



única da titularidade de direitos e nem sequer meio idôneo para demonstrá-la; b) a natureza *sui generis* da relação que os membros da comunidade, no âmbito desta mesma, guardam com o território que lhes pertence, relação que deve ser considerada e que influi sobre outro dever a cargo do Estado; e c) a intangibilidade da cultura comunitária, que se projeta sobre os membros do grupo a título de direito a uma identidade cultural, como o demonstram as decisões que a Corte constrói precisamente a partir dos elementos característicos dessa cultura.

Neste sentido, torna-se fundamental observar a magnitude da incorporação das normas internacionais de proteção no âmbito do direito interno como forma de ampliação das garantias constitucionais. Dessa maneira, torna-se importante tal abordagem uma vez que os Tratados de Direitos humanos modificam a lógica interpretativa, e ampliam a interação dialógica entre as normas internacionais e as de direito interno.

Flávia Piovesan aborda em sua obra que “a Carta de 1988 consagra de forma inédita, ao fim da extensa Declaração de Direitos por ela prevista, que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art.5º, § 2º)” (PIOVESAN, Flávia; 2010; P. 51). Neste sentido, ao efetuar a incorporação, a Constituição atribui aos direitos internacionais uma natureza especial, qual seja, a natureza de norma constitucional, visto que estes integrariam, assim, o chamado “bloco de constitucionalidade”, caracterizada como cláusula aberta de diálogos entre as fontes protetivas.

Assim, os tratados internacionais devem servir de modelos interpretativos para o controle de constitucionalidade, visto que a produção normativa interna depende, para sua validade e conseqüente eficácia, estar materialmente de acordo tanto com a Constituição, como com o Tratados Internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Dessa maneira, o respeito à Constituição faz-se por meio do que se chama de controle de constitucionalidade das leis, e o respeito aos tratados de direitos humanos faz-se pelo controle de convencionalidade, que segundo Valério Mazzuoli é “complementar e coadjuvante ao controle de constitucionalidade, jamais subsidiário deste”. Trata-se de



adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam deveres no plano internacionais com reflexo práticos no seu direito interno. Nessa perspectiva, “os tratados internacionais incorporados no direito brasileiro, devem ser utilizados, cabendo ao juiz coordenar essas fontes”. (MAZZUOLI, Valério; 2010; 126).

É possível identificar tal perspectiva em um dos julgados da Corte Interamericana intitulado “A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos e outros) Vs. Chile”, em que na sentença foi reiterado que o bloco de constitucionalidade chileno, isto é, o conjunto de norma que funcionam como parâmetro para a realização do controle de constitucionalidade, constituiria pelos direitos fundamentais consagrados na Carta Política de 1980 e os direitos incorporados no ordenamento jurídico chileno através dos tratados que o Estado ratificou. A elucidar:

“Quanto à recepção do Direito Internacional dos Direitos Humanos (...), no processo de transição do regime autoritário ao democrático foram realizadas 54 reformas constitucionais, e uma delas foi no inciso 2º do artigo 5, ao acrescentar a seguinte frase “que os órgãos do Estado devem respeitar e promover os direitos contidos na Constituição Política, como também nos tratados internacionais ratificados pelo Chile e vigentes”. Com esta frase se consolida a perspectiva de que os direitos essenciais da pessoa humana constituem, dentro do sistema jurídico chileno, **um sistema de dupla fonte**: uma de caráter interna -a Constituição Política- e outra de caráter internacional que incorpora ao ordenamento jurídico chileno, pelo menos, os direitos contidos nos tratados que o Estado ratificou livre, voluntária e espontaneamente”. (*grifo nosso*)

Portanto, é preciso atentar-se para o diálogo das fontes de proteção dos direitos, no sentido que os direitos trazidos pelo Tratado não excluem os direitos observados na Constituição, e por isso estão em constante ciclo de complementaridade ao ampliar e modificar a interpretação, consagrando o princípio *pro homine*. Segundo Cançado Trindade “Esse critério (o da primazia) contribui para demonstrar que a tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos, garantindo os mesmos direitos, são no sentido de ampliar e fortalecer a proteção.” O direito tem se direcionado para a harmonização das normas internas e internacionais, a partir da perspectiva do diálogo das fontes.



5 CONCLUSÃO

A titularidade das terras indígenas é um debate que perfaz as legislações internas e internacionais. Neste sentido, trazer para o âmbito doméstico os direitos consagrados na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, faz-se necessário visto as graves violações construídas em face das populações indígenas, no que concerne à questão da propriedade de suas terras.

Portanto, é notório evocar que a legislação brasileira não resguarda o direito à propriedade comunal, comumente, inserido no esfera internacional de proteção aos direitos indígenas. Além disso, não referenciar uma abordagem de compatibilidade entre os dispositivos de proteção, através da adoção da concepção sobre propriedade indígena que tem a Corte Interamericana, de maneira geral, minimiza as garantias e direitos previstos como materialmente constitucionais na Constituição Federal no art. 5º § 2º, considerada como cláusula aberta de diálogo entre as normas internacionais e nacionais. Na prática, o ordenamento jurídico brasileiro trata a Convenção Americana como sendo algo externo ao ordenamento brasileiro, quando é certo que o Estado obrigou-se a realizar a conformidade normativa entre os dispositivos ao ratificar tal Convenção.

O direito à posse permanente demonstra-se insuficiente para suprir as necessidades dos povos indígenas, visto que o título do território demarcado pertence à União o que enseja na real possibilidade de haver intervenções estatais na área, a exemplo das situações elencadas no art. 20 do Estatuto do índio, que dificultam o controle sobre os recursos naturais que estão sobre o território e retira da população sua autonomia e autodeterminação. Ademais, o direito à propriedade comunal está interligado necessariamente com outros direitos, inclusive à sobrevivência e reprodução física e cultural desses povos.

Desse modo, entende-se a relevância social do enfrentamento desta temática para a efetivação dos direitos territoriais indígenas que, mediante o contexto atual das ações governamentais, tendem a serem gradativamente restringidos. É preciso que se enfrente a



hodierna situação de contradição do direito interno, que apesar do contexto similar de ocupação, confere aos quilombolas o direito à propriedade definitiva, mas não reconhece este direito aos índios.

Neste sentido, o tratamento acadêmico dos conflitos a respeito da questão fundiária brasileira, e a titularidade das terras indígenas oferece a possibilidade de aprofundamento da jurisprudência indígena no Brasil sobre direito de propriedade e titularidade dos povos tradicionais indígenas, e deverá repercutir de maneira considerável na legislação brasileira e decisões judiciais através de casos práticos da Corte Interamericana referente ao Estado Brasileiro.

REFERÊNCIAS

Arquivos do Ministério da Justiça. Ano 51. nº 190, jul/dez-2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21410.pdf>. Acesso em 01/11/2017.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer Nº 001/2017/GAB/CGU/AGU, de 19 de Julho de 2017. Processo Nº 00400.002203/2016-01. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-agu-raposa-serra-sol.pdf>

BRASIL. Código Civil, Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 01/11/ 2017.

BRASIL. Decreto Nº 1.775, de 8 de Janeiro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm. Acesso em 28/10/ 2017.

BRASIL. Estatuto do Índio, Lei Nº 6.001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm. Acesso em 28/10/2017.

BRASIL. Lei Nº 5.371 de 5 de dezembro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5371.htm. Acesso em 01/11/2017.

BRASIL. Portaria do Ministério da Justiça e da Cidadania Nº 68 de 14 de janeiro de 2017. Diário Oficial da União de 18/01/2017 (nº 13, Seção 1, pág. 19).

BRASIL. Portaria do Ministério da Justiça e da Cidadania Nº 80 de 19 de janeiro de 2017. Diário Oficial da União de 20/01/2017 (nº 15, Seção 1, pág. 18).

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição 215 de 2000. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD19ABR2000.pdf#page=69>. Página 69. Acessado em: 18/11/2017.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Litígio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Belo Horizonte, Fórum, 2012. P. 37.



Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf. Acesso em 28/10/2017.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso o "A Última Tentação de Cristo" (Olmedo Bustos e outros) Vs. Chile Sentença", 2001, pg. 12. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/f30eb7942e6ea89e4d2ec4ca870784d3.pdf>. Acesso em 01/11/2017.

Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos/ Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.mdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas>. Acesso em 01/11/2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 37 n. 147 jul./set. 2000.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os tratados Internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Nota do Ministério Público Federal sobre a CPI da FUNAI. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/6CCR_NotaCPI_Funai.pdf. Acesso em 09/11/2017.

Para o Ministério Público Federal a Portaria revogada de Nº 68 era ilegal e inconstitucional, além de pretender esvaziar as funções da FUNAI. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,mpf-diz-que-portaria-da-demarcacao-de-terras-indigenas-e-ilegal-e-pede-revogacao,70001634429> Acesso em: 15/11/2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 6ª Ed. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 11ª Ed., 2010.

Relatório da missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas. Disponível em: <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/country/2016-brazil-a-hrc-33-42-add-1-portugues.pdf> Página 14 - § 64. Acesso em 10/11/2017.

Relatório Final da CPI. Seção "2.2.10. Do indigenato". Página 50. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/internet/comissoes/comissoes-especiais/CPI/RELAT%C3%93RIO%20CPI%20FUNAI-INCR%202.pdf>. Acesso em: 18/11/2017

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 831.



Sobre a nota do MPF contra o Parecer Vinculante da Advocacia Geral da União Nº 001/2017/GAB/CGU/AGU. Disponível em:<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-divulga-nota-publica-contr-retrocesso-em-demarcacao-de-terras-indigenas>. Acesso em: 10/11/2017.

Sobre as conclusões da Comissão Nacional da Verdade. Disponível em :<http://memoriasdaditadura.org.br/cnv-e-indigenas/index.html>. Acesso em: 10/11/2017

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro.** San José, C.r., Brasília, IIDH, 1996.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos.** São Paulo: Saraiva, 1991.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI.** Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty, Brasília, 2005.

.....



A GESTÃO AMBIENTAL, A SUSTENTABILIDADE E O DIREITO À CIDADE

.....
Mariana Vilela Duarte Clemente¹

1 INTRODUÇÃO

Atualmente as pessoas, ao menos no discurso, têm tido mais consciência que seus atos podem fazer algum tipo de diferença para um futuro melhor e menos poluído. A ideia de uma gestão ambiental mais consciente vem ganhando espaço e importância para o desenvolvimento humano.

Para este artigo científico buscaremos plantar alguns conceitos fundamentais para que se entenda a importância do tema e a sua aplicabilidade no nosso dia a dia. Falamos muito de sustentabilidade, por exemplo, porém não há uma definição concreta para este termo. Entendemos a ideia de sustentabilidade, mas não conseguimos definir o que seja.

Hoje em dia para além da sustentabilidade existe o “desenvolvimento sustentável” defendido por autores como Brundtland (1987) que o conceitua como sendo *“o equilíbrio que procura satisfazer as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem suas próprias necessidades”*.

E para este desenvolvimento sustentável é necessário uma gestão ambiental. De acordo com Nilsson (1998, pág. 134), *a gestão ambiental pode se tornar, também, um importante instrumento para as organizações em suas relações com consumidores, o público em geral, companhias de seguro, agências governamentais, etc.*

Compactuamos com a opinião de Bogdan e Biklen (1994), citados por Sanches (2005, p. 128):

“A mudança é uma ação complicada porque tendo como objectivo melhorar a vida das pessoas, pode estar a pôr em conflito as suas crenças, estilos e vida e

¹ Advogada. Professora Universitária da Faculdade Universo. e-mail: marianavdclemente@gmail.com

comportamentos. Para que essa mudança seja efetiva, é necessário compreender a forma como os indivíduos envolvidos vivenciam a sua situação e implica-los nessa mesma mudança, pois são eles que vão viver com elas”.

Contudo questionamos: a gestão ambiental é apenas aplicável em empresas? Pessoas físicas podem fazer uma gestão ambiental para melhorar a cidade? O que nós podemos fazer? Há políticas públicas capazes de fazer uma gestão ambiental de qualidade?

Para responder as questões acima, utilizamos uma metodologia descritiva. De acordo com McMillan y Schumacher (2005, p. 268):

“La investigación descriptiva se ocupa de la situación actual o pasada de algo. Este tipo de investigación simplemente describe la realización, las actitudes, los comportamientos u otra características de un grupo de sujetos. Un estudio descriptivo pregunta qué es o qué fue; presenta las cosas de manera cómo son o eran. La investigación descriptiva no implica el manejo de variables independientes.”

Outro ponto interessante é: pode o empresariado responder por acordos assinados exclusivamente por governantes?

Para isso procuraremos neste artigo científico trazer à baila alguns conceitos fundamentais e na conclusão alguns casos de sucesso ambiental, procurando sempre mesclar a iniciativa pública com a privada.

2 BREVE HISTÓRICO DOS DISCURSOS SUSTENTÁVEIS

No Brasil, com a ECO 94 ou RIO 94² surgiu a AGENDA 21. Agenda 21 foi um conjunto de resoluções tomadas na conferência internacional Eco-92, organizada pela ONU (Organização das Nações Unidas) contou com a participação de 179 países e resultou

² Em 1992 aconteceu um encontro internacional para debater os problemas ambientais, esse evento ficou conhecido como Eco-92 ou Rio-92, realizado entre os dias 3 e 14 de junho de 1992, na cidade do Rio de Janeiro. (<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/eco92.htm>).



em medidas para conciliar crescimento econômico e social com a preservação do meio ambiente.

Na Agenda 21 cada país definiu as bases para a preservação do meio ambiente em seu território, possibilitando o desenvolvimento sustentável. Esta agenda é um planejamento estratégico para subsidiar ações em quatro dimensões:

1. Socioeconômica;
2. Conservação e gestão dos recursos para o desenvolvimento;
3. Fortalecimento do papel dos grupos principais;
4. Meios de execução.

De acordo com o site do Ministério do Meio Ambiente a **Agenda 21 Brasileira** é um instrumento de planejamento participativo para o desenvolvimento sustentável do país, resultado de uma vasta consulta à população brasileira. Foi coordenado pela Comissão de Políticas de Desenvolvimento Sustentável e Agenda 21 (CPDS); construído a partir das diretrizes da Agenda 21 Global; e entregue à sociedade, por fim, em 2002.

Logo após as repercussões da Eco 92, houve em 1997, o PROTOCOLO DE KIOTO, que foi parte a parte prática da Convenção do Clima, um dos principais acordos da Eco-92. Em meio a muita polêmica e disputa política entre países, entrou em vigor apenas em 2005, com a entrada da Rússia. A conferência culminou na decisão por consenso de adotar-se um protocolo segundo o qual os países industrializados reduziram suas emissões combinadas de gases de efeito estufa em pelo menos 5% em relação aos níveis de 1990 até o período entre 2008 e 2012.

Esse compromisso, com vinculação legal, promete produzir uma reversão da tendência histórica de crescimento das emissões iniciadas nesses países há cerca de 150 anos. Isso representa conter 5 bilhões de toneladas de CO₂.

Em 2012, novamente no Rio de Janeiro, foi realizada a A Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, a Rio+20, para marcar os 20 anos da Eco 92. O

objetivo da Conferência, de acordo com o site oficial do evento, foi a renovação do compromisso político com o desenvolvimento sustentável, por meio da avaliação do progresso e das lacunas na implementação das decisões adotadas pelas principais cúpulas sobre o assunto e do tratamento de temas novos e emergentes.

Paralelo ao Rio+20, ocorreu a Cúpula dos Povos, organizado por entidades da sociedade civil e movimentos sociais de vários países, com o objetivo de discutir as causas da crise socioambiental, apresentar soluções práticas e fortalecer movimentos sociais do Brasil e do mundo.

Embora esses três grandes eventos tenham despertado a discussão acerca do futuro do planeta, ainda, é muito tímida as ações propriamente ditas. De acordo com presidente da FIESP, Paulo Skaf, “Os setores produtivos já entenderam que investir na preservação ambiental, longe de ser um ônus, é um bônus. Ao produzir de forma mais limpa – economizando água e energia, por exemplo – você também produz de forma mais competitiva.” Mas não há o compromisso efetivo.

Para Pedro Ivo Batista (2012):

“O maior desafio é que a bola agora está com a sociedade civil. O futuro da política ambiental vai depender muito da capacidade que terá a sociedade para pressionar os seus governos e continuar a mobilização para que haja algum nível de decisão multilateral forte que enfrente a questão ambiental do planeta”.

3 GESTÃO AMBIENTAL X SUSTENTABILIDADE

Para Barbieri (2014), a Gestão Ambiental deve ser interpretada como orientações e atividades administrativas e operacionais, tais como planejamento, direção, controle, alocação de recursos e outras realizadas com a finalidade de se obter efeitos positivos sobre o meio ambiente, tanto na sua redução como eliminação ou compensação dos danos ou problemas causados pelas ações humanas, quanto evitando que eles surjam.

A gestão ambiental é tão importante e os seus discursos devem ser levados a sério, caso contrário pode-se haver um abalo na credibilidade da empresa.



Um exemplo recente foi a queda do presidente executivo da Volkswagen, Martin Winterkorn. A empresa alemã, em carta aberta ao Greenpeace³, em julho de 2014, classificou-se como uma empresa ambientalmente consciente, comprometendo-se de reduzir as emissões de CO2 até 2020. Porém foi descoberto, em 2015, que a empresa fraudou resultados em testes poluentes... Em janeiro de 2016, em viagem aos EUA, o novo presidente executivo, Matthias Müller, pede desculpas publicamente e anuncia um investimento de U\$\$ 900 milhões no país. "**Não somos uma marca criminoso**", afirma o executivo, ao responder perguntas de jornalistas em evento na véspera do Salão de Detroit.

Ainda de acordo com Barbieri (2014), a gestão ambiental pode ser dividida em três dimensões distintas:

- a) Dimensão Espacial, que tem relação com a área que se espera que as ações da gestão tenham eficácia;
- b) Dimensão Temática, vai limitar as questões ambientais às quais as ações se destinam;
- c) Dimensão Institucional, guarda relação com os agentes que tomam iniciativa da gestão.

Na prática, a sustentabilidade está definida como a capacidade que o indivíduo ou um grupo de pessoas tem em se manterem dentro de um ambiente sem causar impactos a esse ambiente. Mas apesar da sustentabilidade estar associada diretamente ao meio ambiente e a tudo o que envolve este, não está limitada somente a esta área. De acordo com o site Brasil sustentável (2016), nos dias de hoje é preciso que cada indivíduo tenha a consciência de que é necessário se preocupar e cuidar do meio ambiente no qual se vive. E para isto, é preciso estar atento a cada atitude e repensar a forma como se vive dentro deste ambiente.

³ O Greenpeace é uma organização global e independente que atua para defender o ambiente e promover a paz, inspirando as pessoas a mudarem atitudes e comportamentos.

4 POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS

Embora a Gestão Ambiental seja iniciativa efetivamente de entes públicos (governos), através de debates internacionais, encontros. Podemos classifica-la, de acordo com Barbieri, (2014, pág. 65), como sendo o conjunto de objetivos, diretrizes e instrumentos de ação que o Poder Público dispõe para produzir efeitos desejáveis no meio ambiente.

Estes instrumentos podem ser de comando e controle, que neste caso podem ser medidos pelo padrão de qualidade, pelo padrão de emissão, restrições de uso do solo, ou seja, o governo cria prêmios ou selos de qualidades para as empresas que mantenham seus níveis de poluição em um patamar aceitável. Os instrumentos, também, podem ser de incentivos econômicos, onde cria-se políticas públicas de tributação sobre a poluição, incentivos fiscais para a redução de agentes poluentes... e ainda, criação de instrumentos de apoio ao desenvolvimento científico e tecnológico, cursos de educação ambiental...

No Brasil temos a lei nº 6938/81, que criou a Política Nacional do Meio Ambiente, que instituiu o SISNAMA (Sistema nacional do meio ambiente).

O objetivo, de acordo com seu artigo 2º, da Política Nacional do Meio Ambiente, é:

Art. 2º. A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

- I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;
- II - racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar;
- III - planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais;
- IV - proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas;
- V - controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras;
- VI - incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais;
- VII - acompanhamento do estado da qualidade ambiental;
- VIII - recuperação de áreas degradadas;
- IX - proteção de áreas ameaçadas de degradação;



X - educação ambiental a todos os níveis do ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.

Além das informações acima, o Ministério de Meio Ambiente, também, criou a A3P, (Agenda Ambiental na Administração Pública) é um programa do Ministério do Meio Ambiente criado como resposta da administração pública à necessidade de enfrentamento das graves questões ambientais. A implantação da agenda A3P demanda esforço institucional, coletivo e individual. Ele se dá através da assinatura de um Termo de adesão formalizado entre o Ministério do Meio Ambiente e o órgão interessado.

5 DIREITO À CIDADE

Não menos importante neste discurso de sustentabilidade é o nosso direito à cidade. Em 2001, um Estatuto da Cidade foi inserido na legislação brasileira, após pressão dos movimentos sociais, para reorganizar o direito coletivo à cidade (Fernandes, 2007).

Em decorrência de um passado como colônia, o processo de urbanização no Brasil é herança do desenvolvimento tardio, desigual e combinado. Ocorreu somente no século XX com a chegada das indústrias, fábricas e empresas de grande porte, generalizando-se pelo território nacional apenas a partir da década de 1970.

Mas o que é o Direito à Cidade? De acordo com artigo 2º da Lei nº10.257/2001 (Estatuto da Cidade):

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução urbano e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

O direito à cidade está intrinsicamente ligado a política pública, conforme nossa interpretação. O direito à cidade nasce das revoluções urbanas diárias. Conforme Harvey (2012, pág. 75):

Considere, primeiro, o caso de Paris do Segundo Império. O ano de 1848 trouxe uma das primeiras crises claras, por toda a Europa, tanto de capital excedente ocioso quanto de desemprego. Ela golpeou duro particularmente Paris e resultou numa fracassada revolução de trabalhadores desempregados e daqueles burgueses utópicos que viam numa república social o antídoto para a ganância e a desigualdade que caracterizaram a Monarquia de Júlio.

Mais atualmente, continua o autor retro mencionado, na China, milhões estão sendo desapropriados dos espaços que ocupam há muito tempo; três milhões apenas em Beijing. Como eles não têm o direito à propriedade privada, o Estado pode simplesmente removê-los por decreto, oferecendo-lhes o menor pagamento para ajudá-los antes de transferir a terra a incorporadores, com grande lucro. Tal esquema agora está em debate para as favelas do Rio de Janeiro, por exemplo.

Em caminho oposto aos exemplos acima, temos a cidade de Stuttgart, Alemanha, cidade modelo quando o assunto é o combate às ilhas de calor. A prefeitura investe desde os anos 1980 em uma rede de cinturões verdes, nos quais o plano diretor proíbe edificações e virou referência internacional no combate ao efeito estufa, quase 60% da cidade possui os chamados telhados verdes. Os objetivos do programa são:

- a) Melhorar a gestão de ilhas de calor e a qualidade do ar na cidade
- b) Preservar os corredores verdes e áreas parcialmente construídas com solo exposto em áreas de encosta
- c) Promover melhor circulação do ar em toda a cidade
- d) Construir áreas verdes e tetos verdes
- e) Promover a proteção da biodiversidade

O Recife vai seguir o exemplo de lugares como Stuttgart, na Alemanha. A cidade é referência mundial em sustentabilidade. Alcança, atualmente, 60% de



cobertura vegetal, sendo 300 mil metros quadrados de telhados verdes. São Paulo, Curitiba e Buenos Aires também já são exemplos de cidades cujos edifícios possuem uma cobertura verde”, comentou Eurico Freire. (2014)

O vereador Eurico Freire, propôs e foi aprovada pela Câmara Municipal do Recife a lei nº: 18.112/2015, que dispõe sobre a melhoria da qualidade ambiental das edificações por meio da obrigatoriedade de instalação do "telhado verde", e construção de reservatórios de acúmulo ou de retardo do escoamento das águas pluviais para a rede de drenagem e dá outras providências.

Em Pernambuco, especificamente, a Ordem dos Advogados do Brasil, criou a Comissão de Direito à Cidade, que busca introduzir nos currículos dos cursos de direito a disciplina de urbanismo, uma vez que a mesma está sempre atrelada a disciplina de gestão ambiental.

6 CONCLUSÃO

Pela pesquisa bibliográfica e descritiva efetivada, concluímos que as pessoas tanto públicas como privadas, já estão inculcando a ideia do “ser sustentável”, embora ainda observamos muito o discurso e poucas práticas efetivas de gestão ambiental/sustentabilidade.

Alguns exemplos de sucesso podemos destacar como: 1. Diretrizes Para uma Economia Verde”, projeto apresentado pela Fundação Brasileira para o Desenvolvimento Sustentável (FBDS) com o objetivo de apontar os rumos da sustentabilidade no Brasil. O trabalho foi desenvolvido por cientistas que estudaram a situação da água, energia, resíduos sólidos, agricultura, transporte e mercado financeiro durante um ano; 2. Comissão de Direito à Cidade, criada pela Ordem dos Advogados do Brasil, seção Pernambuco. 3. Em 2012, a Schneider Electric Brasil criou um Comitê de Sustentabilidade, cujo principal objetivo é mapear impactos referentes aos campos social, ambiental e econômico que dizem respeito à empresa e a seus *stakeholders*. O comitê é constituído por uma equipe

multifuncional, que reúne membros de todas as Unidades de Negócio e das áreas de Compras, RH, Saúde & Segurança, Eficiência Energética, Logística, Sustentabilidade e Operações Fabris, que possuem responsabilidade direta sobre a avaliação técnica/operacional e a implementação de iniciativas de sustentabilidade em toda a empresa.

Porém concluímos que o direito à cidade, o direito da população a um ambiente sustentável, nem sempre é obtido pela grande massa, embora a consciência ambiental já esteja despertando em muito dos cidadãos e com isso a cobrança entre empresas públicas e privadas tornam-se maiores para a obtenção de uma cidade mais limpa com uma gestão ambiental eficiente.

REFERÊNCIAS

BARBIERI, José Carlos. Gestão ambiental empresarial: conceitos, modelos e instrumentos. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014. 358p.

BRASIL, **Lei Nº 6.938/1981.**

BRASIL, Lei Nº10.257/2001.

BRASIL, Lei Nº: 18.112/2015.

CARVALHO, Fábio Câmara Araújo. Gestão do Conhecimento. São Paulo: Pearson, 2012.

FERNANDES, Edésio (2007). Constructing the "Right to the City" in Brazil. *Social and Legal Studies*, vol. 16, n. 2 (June), pp. 201–19.

HARVEY, David. *Lutas Sociais*, São Paulo, n.29, p.73-89, jul./dez. 2012.

MCMILLAN, J.H. y SCHUMACHER, S (2005). Investigación educativa. Madrid: Pearson Educación, S.A.

PEREIRA, Adriana Camargo; SILVA, Gibson Zucca; CARBONARI, Maria Elisa Ehrhardt. Sustentabilidade, responsabilidade social e meio ambiente. São Paulo: saraiva, 2012. 204p.

SANCHES, I. (2005). Compreender, Agir, Mudar, Incluir. Da investigação-ação à educação inclusiva. Revista Lusófona de Educação. 5, p. 127-142. Edições Universitárias Lusófona: Lisboa. <http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/eco92.htm> consultado em 03/10/2016.





A ABORDAGEM DA ÉTICA AMBIENTAL NAS DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO BRASIL

.....
Ana Carolina F. de Melo Brito¹

1 INTRODUÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi criado pela Constituição Federal de 1988 e tem como principal atribuição uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil. Primordialmente é de sua responsabilidade a solução definitiva dos casos civis e criminais que não envolvam matéria constitucional, nem a justiça especializada (isto é, excetuam-se as matérias trabalhista, militar e eleitoral).

O STJ é composto por 33 ministros, nomeados pela Presidência da República, a partir de lista tríplice enviada pelo próprio tribunal. Segundo a Constituição Federal, o STJ deve ser composto por ministros de trajetória profissional diversificada: um terço deve ser escolhido entre desembargadores federais, um terço entre desembargadores de justiça e, por fim, um terço entre advogados e membros do Ministério Público.

Existem 6 turmas julgadoras no STJ, composta por 3 ministros, cada. As matérias sobre meio ambiente, que envolvam direito público, podem ser decididas pela Primeira e Segunda Turmas.

Considerando o escopo de atuação do STJ e o seu papel orientador de decisões e interpretação das leis em todo o território, esta pesquisa indaga quando, quantas vezes e em quais situações a palavra "ética" foi utilizada como expressa razão das decisões colegiadas sobre meio ambiente.

¹ Mestranda do Programa de Ciências Ambientais (PROCAM) do Instituto de Energia e Ambiente da Universidade de São Paulo (IEE-USP). Advogada, bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), com especialização em Direito Processual Civil (UFPE) e Tutela Judicial do Meio Ambiente (Faculdade Salesiana).

A hipótese trabalhada é que a influência do positivismo no campo jurídico ainda é fortemente presente e molda o campo dos conflitos jurídicos ambientais, que se procura se ater aos textos legais, sem investigação dos valores perseguidos pelo ordenamento jurídico, servindo, com isso, como instrumento de legitimação de condutas e análises estritamente formais, ao argumento de que são legais.

A crítica que se pretende suscitar com este artigo perpassa pela pergunta: por que o campo jurídico é tão defeso à incorporação do discurso ético? Esse paradigma é condizente com o cenário de crise ambiental em que vivemos?

O método de pesquisa está detalhado na primeira seção deste artigo. Na segunda, é reconstruída a perspectiva histórica de influência do positivismo na ciência jurídica e a separação entre ética e direito, para fins de conferir maior cientificidade a essa ciência social aplicada. Na terceira seção, são apresentados os resultados da pesquisa na base de dados de jurisprudência do STJ. Em conclusão, apresentamos possíveis pontos de discussão sobre uma nova metodologia para o conhecimento do direito ambiental e da argumentação jurídica, bem como as perspectivas para futuras pesquisas no tema.

2 MÉTODO DE PESQUISA

A busca foi realizada na base de dados do próprio STJ, disponível para consulta pública, por meio do *site* oficial, durante o mês de julho de 2017. Essa base permite acesso às decisões individuais (monocráticas) dos ministros, publicadas a partir de fevereiro de 1999; às decisões coletivas (acórdãos) proferidas pelas Turmas, Seções e Corte Especial do STJ; a todos os enunciados de súmula editados pelo STJ desde sua fundação, por fim, aos informativos de jurisprudência do Tribunal, que trazem resumos das teses firmadas no STJ e consideradas mais relevantes para a comunidade jurídica, dentro de determinado período. Além disso, também é possível resgatar acórdãos e decisões selecionados do Tribunal Federal de Recursos – TFR, que exerceu (de 1979 a 1988) algumas das atuais competências do STJ.



As palavras de busca utilizadas foram "ética" e/ou "ambiente", "ambiental" e "meio ambiente", cobrindo o período de fevereiro de 1999 até julho de 2017.

Foram quantificados os resultados das bases de dados que compõem o acervo: decisões individuais (monocráticas), coletivas (acórdãos), súmulas e informativos de jurisprudência. O presente estudo, porém, concentrou-se na análise qualitativa das decisões colegiadas, que pressupõem um debate entre os julgadores e o resultado (acórdão) fruto de consenso ou prevalência do entendimento da maioria do Tribunal.

As decisões disponibilizadas foram necessariamente publicadas no Diário Oficial de Justiça e incluídas na base de dados pela Secretaria de Jurisprudência do STJ. Portanto, embora a base de dados do STJ contemple todos os julgados daquele tribunal, em tese, é possível que haja falha na base, por omissão na inclusão de algum julgado pela Secretaria de Jurisprudência, ou do próprio mecanismo de busca. Por exemplo, na busca das palavras "ambiente" e "ética" retornaram 6 acórdãos e 1 resultado para o Informativo de Jurisprudência, que se referia a um acórdão que não fazia parte da lista dos 6 acórdãos inicialmente encontrados.

Para um controle da fidedignidade dos resultados, foi realizada outra busca, em outra data do mesmo mês de julho de 2017, com as palavras "ética" e "meio ambiente"; "ética" e "ambiental"; "ética" e "ambiente", as quais confirmaram os 7 resultados para as decisões colegiadas em causas de direito ambiental, as quais utilizaram em seus argumentos a palavra "ética".

Para o corte epistemológico, foram analisadas apenas as decisões colegiadas. Após verificar o conteúdo de todas as 7 decisões colegiadas que usaram explicitamente a palavra "ética" como razão de decidir em causas sobre meio ambiente, pretende-se apresentar uma leitura crítica acerca do conteúdo dessas decisões, para identificar pontos em comum e dissidentes entre elas.

O delineamento das normas formais e de observância obrigatória é o ponto de partida para a hermenêutica jurídica. No entanto, o problema da pesquisa não será conhecido por meio da análise do ambiente legal. Antes, somente pode ser solucionado

por meio de uma análise interdisciplinar, que traga explicações possíveis para o discurso tímido acerca da ética nas questões ambientais submetidas ao Poder Judiciário.

Assim, considerando o ambiente institucional (legal) e sob a perspectiva histórica da ciência, pretende-se apresentaras possíveis causas para a relutância do STJ quanto ao manejo da ética como argumentação e razão de decidir e as contribuições que uma teoria da argumentação jurídica pode dar para uma maior eficácia do direito ambiental.

3 A SEPARAÇÃO ENTRE ÉTICA E DIREITO. POSITIVISMO JURÍDICO

A hegemonia da ciência como forma de construção do conhecimento na sociedade no mundo ocidental, se traduz como verdadeiro mito no mundo ocidental, por ter a pretensão de ser o único promotor da verdade (MINAYO, 2015).

Segundo Fabio Konder Comparato (2016), o positivismo jurídico, a pretexto de tornar o seu saber científico e puro, infenso a julgamentos morais, opera uma redução do seu objeto, segregando a vida social em compartimentos estanques. Embora tenha sua razão de existir na regulação da vida em sociedade e limitação do poder estatal, o direito deveria ser apreendido como sistema normativo, com existência independente do grupo de regras morais, da realidade econômica, ou das formas de organização política.

A escola positivista, no campo jurídico, seguiu os postulados de rigor de análise e raciocínio, típico das ciências exatas. Hans Kelsen, autor da "Teoria Pura do Direito", procurou sistematizar esse conhecimento em padrões considerados científicos, afastados de saberes morais ou éticos e restritos ao sistema jurídico positivado, isto é, o conjunto de determinadas normas vigentes em um dado período.

Para Kelsen, o direito é uma construção organizada de normas hierarquizadas, onde as inferiores tiram seu fundamento de validade das normas superiores, até se chegar no pressuposto lógico apriorístico, chamado de "norma fundamental". Nesse contexto, a investigação axiológica é estranha à definição de direito, a qual somente não pode prescindir da noção de coação. Para apreender cientificamente o direito não se precisaria



questionar sobre a justiça ou injustiça do ordenamento jurídico; apenas verificar sua localização e relação com a norma fundamental, a existência do elemento de coação aplicável pela autoridade estatal e a possibilidade de encadeamento lógico das suas proposições e consequências.

Norberto Bobbio (2008) resume os alvos de combate da Teoria Pura do Direito: o Direito Natural e a Sociologia. A objetividade da ciência tem a tarefa de conhecer a realidade e não de avaliá-la, ao passo que o Direito Natural seria “campo de todas as ideologias”, exprimindo valores “subjetivos ou até “irracionais”, os quais, por isso mesmo, são irreduzíveis a análises científicas.” A Sociologia, por outro lado, deveria ser afastada do direito, porque aquela cuida do “ser”, categoria à qual pertencem os fenômenos sociais; enquanto o direito se ocupa do “dever-ser”.

Essa distinção teria o mérito de posicionar o direito como “verdadeira” ciência, em oposição à ideologia e de diferenciá-lo como ciência própria, distinta e única capaz de avaliar o direito.

Para ser ciência, o direito teria que ser indiferente aos valores e não se ocupar sobre a maior ou menor justiça das normas, mas deveria investigar somente sua existência. Embora legítima a defesa de que o ordenamento jurídico deve ser avaliado sob a perspectiva de maior ou menor adequação a um ideal de justiça, a teoria de Kelsen procura distinguir o objeto da ciência jurídica do de ciências afins, como a Filosofia ou a Sociologia (BOBBIO, 2008).

Nesse sentido, os textos normativos seriam o único objeto digno de ser analisado sob uma perspectiva científica, considerando-se apenas dois aspectos: a precisão semântica de seus conceitos técnicos e no encadeamento lógico das proposições. Vale dizer, os juízos próprios de uma teoria científica do direito não abarcam juízos de valor, restringem-se a silogismos ou puro juízos de fato (COMPARATO, 2016).

De acordo com os positivistas jurídicos, seria possível a concepção do direito dissociada da noção de justiça. A partir disso, se liberam da tarefa de avaliar o ordenamento jurídico segundo valores éticos, porque essa seria uma atribuição não-

científica, do campo da política ou filosofia. Esse entendimento tem a consequência perversa de colocar o direito como instrumento, ou técnica, de imposição e legitimação do poder dominante, sem qualquer consideração sobre justiça ou as finalidades do sistema normativo.

O sistema jurídico é um meio institucional de concretização de fins sociais tidos como valiosos por uma determinada comunidade, em certo momento histórico. A visão purista do positivismo jurídico pretendeu negar essa finalidade historicamente considerada desde as origens do direito em Roma, reduzindo o direito a um objeto de análise dissociado da ética.

Embora se aceite que a teoria de Kelsen trata da análise estrutural da experiência jurídica, conforme defende Norberto Bobbio (2008), a separação entre estrutura e conteúdo possibilitou o desenvolvimento de um esquema de entendimento que serviu aos mais variados segmentos dominantes, até mesmo o Estado totalitário nazista que perseguiu o próprio Kelsen e o levou a viver seus últimos dias nos Estados Unidos da América (DIAS TOFFOLI, 2012).

Historicamente, o positivismo jurídico teve o papel de analisar estruturalmente o direito, como objeto específico e sua influência pode ser contestada ou relativizada, mas jamais ignorada no estudo do Direito.

O positivismo jurídico desenvolveu-se com o capitalismo, como elemento de submissão e legitimação e naturalizou a separação entre os valores essenciais de uma comunidade e os ditames do ordenamento jurídico. A tarefa do jurista seria descrever e não prescrever, tendo em vista que esta atividade sempre está empregnada de valores do próprio cientista, o que levaria ao fracasso do empreendimento científico. Os valores, inclusive o valor basilar do direito, a justiça, são tidos como ideias irracionais.

Em paralelo e, não por coincidência, na mesma época de desenvolvimento do positivismo jurídico, na primeira metade do século XIX, tornou-se obrigatória a observância do precedente jurisprudencial na Inglaterra e, na França, a Escola da Exegese disseminou a interpretação literal da lei.



Esses mecanismos serviram ao propósito de proporcionar segurança e previsibilidade na aplicação das normas, pelos Tribunais e pela Administração Pública (COMPARATO, 2016), dando um suporte que perdura no capitalismo desde sua fase industrial e, também, como técnica de dominação nos Estados totalitários do século XX.

Por fim, cabe lembrar que o positivismo jurídico é uma faceta do positivismo do século XIX, com o ideal de atingimento de um saber científico puro, racional, neutro e isento da interferência pessoal do cientista.

Maria Cecília Minayo (2015) resume as razões desse crescimento a dois fatores principais: a possibilidade de a ciência normal responder as questões técnicas e tecnológicas do desenvolvimento industrial e o sucesso dos cientistas no estabelecimento de uma linguagem fundamentada em conceitos, métodos e técnicas para a compreensão do mundo.

4 A RETOMADA DA DISCUSSÃO DOS VALORES ÉTICOS. CIÊNCIA PÓS-NORMAL, CRISE AMBIENTAL E ÉTICA AMBIENTAL E SUAS RELAÇÕES COM A CIÊNCIA JURÍDICA

O objeto das ciências sociais, superado o debate acerca da sua cientificidade, é sempre histórico, porque cada sociedade se organiza de forma particular. A provisoriedade, o dinamismo e a especificidade são características dessas organizações (MINAYO, 2015).

No século XX, testemunhamos o rápido crescimento populacional e conhecimento de problemas ambientais. As previsões de Thomas Malthus, do final do século XVIII, foram dribladas pela inventividade tecnológica. No entanto, a consciência sobre a influência decisiva da humanidade sobre a natureza e estudos acerca dos limites (físicos, econômicos, culturais, ecológicos) ao crescimento e às amplas liberdades da humanidade, que detinha uma postura de dominação e subjugação da natureza, nos colocam diante de um dilema

fundamental à sobrevivência da nossa espécie na Terra: quais os limites do crescimento para perdurarmos de forma segura? (ROCKSTRÖM, 2009).

Na ebulição da desenvolvimento das ciências no século XX, foi possível constatar que a colocação da técnica produz um formalismo árido (MINAYO, 2015) e que, muitas vezes, a evolução muitas vezes decorre da necessidade de se ignorar determinadas regras (FEYERABEND, 1989)

Henrique Leff (2010) coloca a problemática ambiental do século XX como uma crise de civilização, que põe em xeque a racionalidade econômica e tecnológica dominantes:

“A problemática ambiental gerou mudanças globais em sistemas socioambientais complexos, que afetam as condições de sustentabilidade do planeta, propondo a necessidade de internalizar as bases ecológicas e os princípios jurídicos e sociais para a gestão democrática dos recursos naturais” (p.61)

Para este autor, a problemática ambiental, que envolve processos naturais e sociais de diferentes ordens, não pode ser compreendida, nem resolvida, sem o concurso de campos diversos do saber. É preciso construir uma racionalidade produtiva que leve em conta o planejamento integrado desses processos. Contudo, as estratégias que conduzam ao ecodesenvolvimento são limitadas por paradigmas científicos e ideologias teóricas. A construção de uma nova racionalidade ambiental se faz necessária e vai além da internalização da “dimensão ambiental” nos paradigmas econômicos e instituições vigentes (LEFF, 2010).

Portanto, é preciso reconhecer a necessidade de integração dos saberes e admitir de que o cientista não é um ser ideologicamente neutro. A necessidade de construção desse novo saber, com uma abordagem multidisciplinar, provisória, complexa, num processo de emancipação, produção e renovação do conhecimento.

Um direito autossuficiente e autorreferente não responde mais às demandas socioambientais atuais. Somente um sistema de direito aliado aos demais saberes acadêmicos, culturais e sociais pode dar conta do enorme desafio que enfrentamos (PONZILACQUA, 2015).



Partindo do princípio que a prática do direito envolve a argumentação, Manuel Atienza (2014) esboça uma teoria da argumentação jurídica, para tentar compreender como se justificam racionalmente as decisões jurídicas. Essa compreensão tem relevo porque uma das funções práticas da argumentação jurídica é a construção de sistemas jurídicos hábeis, para compreender de que modo a linguagem e a argumentação interferem na estrutura, tão cara aos positivismo jurídico. Ainda, poderia se mencionar como finalidade é o papel de difusão do conhecimento que essa argumentação exerce:

“ na minha opinião, a teoria da argumentação jurídica teria de se comprometer com uma concepção-uma ideologia política e moral- mais crítica com relação ao Direito dos Estados democráticos, o que, por outro lado, poderia supor também adotar uma perspectiva mais realista” (p. 272).

Em Direito ambiental, ciência relativamente nova, cuja autonomia é mesmo contestada (VITTA, 2008) é de todo relevo cuidar do discurso, pois se o Direito não prescinde de processos discursivos para se tornar realidade, a construção de sentidos em matéria jus-ambiental deve ser compreendida por aqueles que o manipulam como também pelos destinatários da norma, a fim de atender não somente à exigência científica da clareza, como a previsibilidade do Direito, tão cara ao Estado Democrático de Direito. “Assim procedendo, são criadas condições para incorporar a justiça no debate jurídico, sem comprometimento da racionalidade argumentativa” (ÁVILA, 2009).

Distinção preliminar para essa argumentação é que nem sempre haverá correspondência entre dispositivo (texto normativo) e norma (sentido que o intérprete dá, sistematicamente, entre os textos normativos, a partir de significados de sentido mínimos, incorporados ao uso da linguagem). Desse modo, como as normas são construídas a partir da interpretação de dispositivos normativos, rejeita-se o discurso que aponta a conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio. Isso porque a relação entre as normas constitucionais e os fins e valores a que estão dirigidas não está concluída antes da interpretação, nem pode ser pressuposta, tampouco incorporada ao próprio texto constitucional antes da interpretação (ÁVILA, 2009).

Na mesma linha, a função política dos Tribunais (CAMPILONGO, 1998) deve ser considerada como um elemento de influência decisivo na efetividade de normas ambientais em um País que considera que algumas leis simplesmente “não pegam”, isto é, tem carga de efetividade próxima de zero (FREITAS, 2000).

Nessa toada, após demonstrar que a ponderação e exclusão de determinados sentidos podem incidir tanto sobre a aplicação de regras quanto sobre os Princípios, enfatiza Humberto Ávila (2009) que a dimensão de peso não é relativa à norma, mas ao aplicador e ao caso.

No mesmo sentido, ao analisar a face da crise ambiental e suas contradições com o crescimento econômico, Ricardo Abramovay (2012) conclui que o dilema que se posta diante de nós é, antes de tudo, ético.

Ao revisitar a evolução histórica da ética ocidental, Francisco Garrido (2007), por sua vez, realça a necessidade de se estabelecer um novo paradigma ético, condizente com o nosso estágio evolutivo e problemas e dilemas que saltam diante da humanidade sem ainda encontrar uma solução mais ou menos conforme.

A partir dessas lentes teóricas, brevemente descritas, apresentamos os resultados da pesquisa na jurisprudência do STJ.

5 RESULTADOS

A busca na jurisprudência do STJ, realizada em julho de 2017, a partir das palavras “ética” e “ambiente\$” (donde se inclui as varrições ambiental, ambiente, ambientalmente) retornou 11 acórdãos, 434 decisões monocráticas e 1 informativo de jurisprudência.

Foram excluídas da presente análise as decisões monocráticas, por não representarem necessariamente algum debate no seio do órgão colegiado e pelo tempo de análise que demandaria a depuração desses dados.

Seguindo esses critérios, foram identificados 11 acórdãos que expressamente se referiram à palavra “ética”, sendo apenas 7 referentes ao direito ambiental em suas



diversas expressões. Verificou-se que somente a partir de 2009 foram encontradas referências explícitas à palavra “ética”, registradas em acórdãos do mesmo órgão julgador (Segunda Turma).

Os resultados estão resumidos na Figura 1.

Figura 1: Tabela dos resultados da busca por palavras-chave “ética” e “ambiental” na base de dados de decisões colegiadas do STJ.

Nº do processo	Órgão Julgador	Tema	Relator	Data do julgamento	Data de publicação	Tema de direito ambiental	Ética como dever jurídico	Ética como argumentação ou razão de decidir
REsp 650.728/SC	2 Turma	Poluição em Área de Preservação Permanente. Manguezal	Herman Benjamin	23/10/2007	02/12/2009	Sim	Sim	Sim
REsp 453.136/PR	2 Turma	Ação popular. Nulidade de contrato administrativo	Herman Benjamin	03/09/2009	14/12/2009	Não	Sim	Sim
REsp 1051306/MG	2 Turma	Poluição sonora	Herman Benjamin	16/10/2008	10/09/2010	Sim	Sim	Sim
REsp 302.906/SP	2 Turma	Restrições urbanística-ambientais. Edificação. Controle de Políticas Públicas. Dano Ambiental	Herman Benjamin	26/08/2010	01/12/2010	Sim	Sim	Sim
REsp 1114893/MG	2 Turma	Garimpo ilegal em Área de Preservação Permanente. Dano Ambiental	Herman Benjamin	16/03/2010	28/02/2012	Sim	Sim	Sim
REsp 1198727/MG	2 Turma	Supressão de vegetação nativa (Cerrado). Dano Ambiental	Herman Benjamin	14/08/2012	09/05/2013	Sim	Sim	Sim
REsp 1306157/SP	4 Turma	Videos difamantes. Responsabilidade dos provedores de internet.	Luis Felipe Salomão	17/12/2013	24/03/2014	Não	Sim	Sim
REsp 1236002/ES	Primeira Seção	Empresa de Factoring. Inscrição em Conselho profissional.	Napoleão Nunes Maia Filho	09/04/2014	25/11/2014	Não	Não	Não
REsp 1328753/MG	2 Turma	Supressão de vegetação nativa. Dano Ambiental	Herman Benjamin	28/05/2013	03/02/2015	Sim	Sim	Sim
REsp 1457851/RN	2 Turma	Construção em Área de Preservação permanente	Herman Benjamin	26/05/2015	19/12/2016	Sim	Sim	Sim
AgInt no RMS 37.593/AL	1 Turma	Conduta de magistrado. Código de ética da magistratura	Napoleão Nunes Maia Filho	07/03/2017	20/03/2017	Não	Sim	Não
AgInt no AREsp 949.377/MG	2 Turma	Ação popular. Nulidade de ato administrativo	Herman Benjamin	09/03/2017	20/04/2017	Não	Sim	Não

Elaboração da Autora.

Observa-se o pouco uso da palavra “ética” nas causas ambientais decididas pelo STJ. Ainda, verifica-se que todas as decisões de interesse para esta pesquisa estão concentradas na Segunda Turma, sob a relatoria do mesmo ministro, Herman Benjamin.

Cabe mencionar a trajetória desse ministro, que oriundo do Ministério Público, tem histórico de forte atuação em Direito Ambiental, sendo um dos fundadores do Instituto o Direito pro um Planeta Verde.

Analisando o conteúdo dos julgados individualmente, verifica-se que, embora tratem de matérias diversas do direito ambiental, no discurso argumentativo ficou consignado que determinadas condutas não eram apenas antijurídicas, mas também antiéticas.

Em todos eles, ainda que haja apenas uma ou duas referências à palavra ética, resta claro que o órgão julgador avaliou e valorou a conduta das partes, considerando o elemento axiológico do sistema jurídico.

No REsp 1457851/RN, que versou sobre a construção irregular em falésias na praia de Pipa-RN, fica registrado que, sob os aspectos normativos, a conduta era ilegal:

“QUÍNTUPLA VIOLAÇÃO DA LEGISLAÇÃO 3. Ocorre, in casu, quántupla violação da legislação vigente em virtude de construção a) em terreno de marinha (terraço costeiro), sem autorização da União; b) em Área de Preservação Permanente (falésias); c) em praia, bem de uso comum do povo; d) em superfície de nidificação de quelônios; e em razão de e) ausência de licenciamento ambiental.”

No entanto, o julgado não deixa de registrar a postura antiética da parte, deixando claro que a valoração do ato foi considerada no julgamento:

“5. Retomar bem público subtraído contra legem nada sugere de despótico, ao contrário, arbitrio externa, sim, comportamento de particular que dele se apropria com exclusividade, prática ética, política e juridicamente inaceitável, pois denuncia privilégio e benefício, comercial ou pessoal, do mais esperto em desfavor de multidão de respeitadores cõscios das prescrições legais. Tal usurpação elimina, às claras, o augusto princípio da igualdade de todos perante a lei, epicentro do Estado de Direito. Por óbvio, tampouco tolhe o agir da Administração a existência de outras ocupações irregulares no local, visto que multiplicidade de infratores não legitima, nem anistia ou enobrece, pela banalização, ilegalidade estatuída na Constituição ou em lei.”

No julgado (REsp 1198727/MG) em que se objetivava a responsabilização por danos ambientais causados pelo desmatamento de vegetação nativa (Cerrado), registrou-se a multiface do dano ambiental, para considerar que o mesmo encerra em si mesmo um conteúdo de ética que merece atenção do jurista:

5. Nas demandas ambientais, por força dos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum, admite-se a condenação do réu, simultânea e agregadamente, em obrigação de fazer, não fazer e indenizar. Aí se encontra típica



obrigação cumulativa ou conjuntiva. Assim, na interpretação dos arts. 4º, VII, e 14, § 1º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), e do art. 3º da Lei 7.347/85, a conjunção "ou" opera com valor aditivo, não introduz alternativa excludente. Essa posição jurisprudencial leva em conta que o dano ambiental é multifacetário (ética, temporal, ecológica e patrimonialmente falando, sensível ainda à diversidade do vasto universo de vítimas, que vão do indivíduo isolado à coletividade, às gerações futuras e aos próprios processos ecológicos em si mesmos considerados).

Essa mesma concepção se apresentou nos demais julgados (REsp 1114893/MG, REsp 1051306/MG, REsp 650.728/SC, REsp 1328753/MG).

No julgamento do REsp 302.906/SP, que trata da tentativa dos construtores de suplantarem uma restrição ambiental feita para um loteamento na cidade de São Paulo-SP, é reconhecido, conforme destacado nos trechos abaixo, que os valores devem permear o julgamento e complementam o sentido jurídico das normas, repelindo condutas antiéticas, do mais esperto, em detrimento do meio ambiente:

" a renovada dimensão ética, social e jurídica, as restrições urbanístico-ambientais convencionais conformam genuína índole pública, o que lhes confere caráter privado apenas no nome, porquanto não se deve vê-las, de maneira reducionista, tão-só pela ótica do loteador, dos compradores originais, dos contratantes posteriores e dos que venham a ser lindeiros ou vizinhos.

4. As restrições urbanístico-ambientais, ao denotarem, a um só tempo, interesse público e interesse privado, atrelados simbioticamente, incorporam uma natureza propterrem no que se refere à sua relação com o imóvel e aos seus efeitos sobre os não-contratantes, uma verdadeira estipulação em favor de terceiros (individual e coletivamente falando), sem que os proprietários-sucessores e o próprio empreendedor imobiliário original percam o poder e a legitimidade de fazer respeitá-las.

Nelas, a sábia e prudente voz contratual do passado é preservada, em genuíno consenso intergeracional que antecipa os valores urbanístico-ambientais do presente e veicula as expectativas imaginadas das gerações vindouras.

6. Em decorrência do princípio da prevalência da lei sobre o negócio jurídico privado, as restrições urbanístico-ambientais convencionais devem estar em harmonia e ser compatíveis com os valores e exigências da Constituição Federal, da Constituição Estadual e das normas infraconstitucionais que regem o uso e a ocupação do solo urbano.

12. Além do abuso de direito, de ofensa ao interesse público ou inconciliabilidade com a função social da propriedade, outros motivos determinantes, sindicáveis judicialmente, para o afastamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais podem ser enumerados: a) a transformação do próprio caráter do direito de propriedade em questão (quando o legislador, p. ex., por razões de ordem pública, proíbe certos tipos de restrições), b) a modificação irrefutável, profunda e irreversível do aspecto ou destinação do bairro ou região; c) o obsolescimento valorativo ou técnico (surgimento de novos valores sociais ou de



capacidade tecnológica que desconstitui a necessidade e a legitimidade do ônus), e d) a perda do benefício prático ou substantivo da restrição.

17. Condenará a ordem jurídica à desmoralização e ao descrédito o juiz que legitimar o rompimento odioso e desarrazoado do princípio da isonomia, ao admitir que restrições urbanístico-ambientais, legais ou convencionais, valham para todos, à exceção de uns poucos privilegiados ou mais espertos. O descompasso entre o comportamento de milhares de pessoas cumpridoras de seus deveres e responsabilidades sociais e a astúcia especulativa de alguns basta para afastar qualquer pretensão de boa-fé objetiva ou de ação inocente.

18. O Judiciário não desenha, constrói ou administra cidades, o que não quer dizer que nada possa fazer em seu favor. Nenhum juiz, por maior que seja seu interesse, conhecimento ou habilidade nas artes do planejamento urbano, da arquitetura e do paisagismo, reservará para si algo além do que o simples papel de engenheiro do discurso jurídico. E, sabemos, cidades não se erguem, nem evoluem, à custa de palavras. Mas palavras ditas por juízes podem, sim, estimular a destruição ou legitimar a conservação, referendar a especulação ou garantir a qualidade urbanístico-ambiental, consolidar erros do passado, repeti-los no presente, ou viabilizar um futuro sustentável.

6 CONCLUSÕES

No dizer de Fábio Konder Comparato (2016), não se nega que cada sistema jurídico tem o seu conjunto de valores, orientação axiológica, a qual representa o “espírito das leis” referido em Montesquieu: “É somente à luz dos valores éticos que animam o ordenamento jurídico, que suas normas podem ser compreendidas e explicadas”.

Após verificar o conteúdo de todas as 7 decisões colegiadas que usaram explicitamente a palavra “ética” como razão de decidir em causas sobre meio ambiente, verifica-se se o grau de uso dessa palavra é baixo quanto se trata de decisões de cunho ambiental.

A explicação para esses resultados pode ocorrer em razão da forte influência do positivismo jurídico nas escolas de direito, presente de forma ainda acentuada nos círculos jurídicos.

No entanto, diante da necessidade de enfrentamento da crise ambiental e estabelecimento de novos paradigmas, o direito não pode quedar-se hermético, ao argumento de preservar a sua pureza científica. Se por um lado é preciso proteger o



particular do arbítrio do Estado, por outro é preciso das respostas eficazes aos problemas que se apresentam.

Pretender deixar em um segundo plano sentido axiológico das normas opera contra importantes funções da argumentação jurídica, a saber: prover um sistema eficaz e difundir não somente “o que é” o direito, mas também “como pensam” os juristas (ATIENZA, 2014).

A atuação solitária de uma turma julgadora do STJ pode ser a semente para a disseminação de novos padrões, pelos quais não se tornam “menos jurídicas” as decisões que valoram as condutas não somente do ponto de vista legalista, da letra da lei, mas também a partir do conjunto de valores éticos de uma determinada época.

Dada a relevância da linguagem para o entendimento dessa questão, como agenda de futuras pesquisa, poder-se-ia aprofundar a pesquisa, analisando o conteúdo das decisões individuais do ministros do STJ, bem como poderia ser feito estudo com a mesma hipótese de pesquisa , no âmbito do Supremo Tribunal Federal, corte máxima do direito no Brasil, que tem a atribuição de velar pelo cumprimento da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, Ricardo. Muito além da economia verde. São Paulo: Ed. Abril, 2012.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BOBBIO, Norberto. Direito e poder; tradução Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2008.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. A ‘função política’ dos Tribunais e do Ministério Público, *in* **Direito e Cidadania**, n. 3, São Paulo: Ed. Malheiros, 1998, p. 30-51
- COMPARATO, Fábio Konder. Ética: direito, moral e religião no mundo moderno. 3ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- DIAS TOFFOLI, José Antonio. RODRIGUES JUNIOR Otavio Luiz. *Hans Kelsen, o jurista e suas circunstâncias. Estudo introdutório para a edição brasileira da "Autobiografia" de Hans Kelsen*. 4 ed. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.
- FEYERABEND, P. Contra o método. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1989.
- FREITAS, Vladimir Passos de. **A constituição federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GARRIDO, Francisco. Introducción a la ética ecológica. In Garrido et al. El paradigma ecológico en las ciencias sociales. Barcelona, Icaria, 2007

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.) Pesquisa social: teoria, método e criatividade. 34ª edição. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

PONZILACQUA, Marcio Henrique Pereira. Sociologia ambiental do direito: análise sóciojurídica, complexidade ambiental e intersubjetividade. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

POPPER, Karl. A lógica da pesquisa científica. 9 ed. São Paulo: Cultrix, 1993.

ROCKSTRÖM, J. et al (2009). A safe operating space for humanity. Nature, Vol 461, pag. 472-475.

VITTA, Heraldo Garcia. Responsabilidade civil e administrativa por dano ambiental. São Paulo: Malheiros, 2008.

.....



IMPOSTO CHILENO SOBRE EMISSÕES ATMOSFÉRICAS COMO POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA A MELHORIA DO DESEMPENHO AMBIENTAL BRASILEIRO

.....
Antonio Vaz Pereira do Rêgo Neto¹

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo objetiva apresentar o Imposto Chileno sobre as Emissões Atmosféricas Provenientes de Fontes Fixas como possível solução para a melhoria do desempenho ambiental brasileiro, utilizando como paradigma o Relatório Executivo, Avaliação e Recomendações para o Brasil, extraído da "*Avaliação de Desempenho Ambiental: Brasil*" publicado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em 2015.

Fundada em 14 de dezembro de 1961 e sediada em Paris/França, a OCDE é uma organização internacional que, através de fóruns, reúne países industrializados e em potencial de industrialização, com a finalidade de afinar políticas, intercambiar informações para a solução de problemas comuns e promover o desenvolvimento econômico dos Estados membros e participantes, dentre os quais, pode-se citar o Brasil e o Chile.

Focado no crescimento econômico sustentável, no fomento de estratégias ecológicas e no desenvolvimento das economias emergentes, a OCDE coleta informações, realiza análises técnicas e submete-as a discussões nos Comitês, permitindo a tomada de decisões pelo Conselho e a elaboração de diretrizes (recomendações) a serem implementadas pelos Governos dos Estados-membros e partícipes.

Em 2015, foi publicado pela OCDE a "*Avaliação de Desempenho Ambiental: Brasil*" que consistiu em um relatório onde foram abordados o panorama do desempenho

¹ Doutorando em Direito (PPGD/UFPE).

ambiental do Brasil, governança e gestão ambiental, esverdeamento da economia no contexto do desenvolvimento sustentável, conservação e uso sustentável da biodiversidade e áreas protegidas, bem como as recomendações que deveriam ser adotadas para a solução dos problemas apresentados.

Pelo relatório, apesar de o Brasil ter crescido economicamente, reduzido a pobreza e promovido a sustentabilidade ambiental; a urbanização, o desenvolvimento da infraestrutura e o progresso agrícola - o Brasil é o quarto maior produtor agrícola do mundo - acarretaram a ampliação do consumo energético e problemas ambientais diversos, que necessitam de promoção de políticas voltadas à proteção do patrimônio ambiental e continuação dos avanços econômicos.

Problema similar foi enfrentado pelo Chile – membro da OCDE desde 2010. Assim como o Brasil, a economia daquele país está baseada nos recursos naturais, tais como o cobre, agricultura, silvicultura e pesca. Apesar de sua economia ter crescido e se mantido estável nos últimos quinze (15) anos, este forte crescimento foi acompanhado de desigualdade de renda e problemas ambientais, em especial, a poluição do ar, falta de água, contaminação do solo e da água.

Dentre as diversas políticas adotadas para o combate dos problemas econômico-ambientais, especificamente em relação ao problema da contaminação atmosférica, o Chile criou, em setembro de 2014, o Imposto sobre as Emissões Atmosféricas Provenientes de Fontes Fixas (IEA) – em vigor no início de 2017. Trata-se, em linhas gerais, da utilização de instrumentos econômico-tributários como mecanismos de controle ambiental e fomento de direitos sociais fundamentais.

A utilização de instrumentos jurídico-tributários como meio de regular a economia, controlar o desgaste ambiental, promover a inovação da tecnologia e fomentar a mudança do comportamento social (individual e coletivo, público e privado, empresarial e empregatício) é uma tendência da moderna gestão estatal, pois permite, com maior eficiência, o controle da contaminação do meio ambiente. O Estado chileno foi o primeiro a criar este tipo de imposto no continente sul-americano.



Propõe-se a análise em três seções: a preocupação ambiental pelo direito tributário (onde serão analisados a extrafiscalidade e a utilização dos impostos como instrumentos para a promoção da tutela ambiental); o relatório da OCDE para o Brasil - 2015 (abordar-se-á o esverdeamento da economia no contexto do desenvolvimento sustentável); e o IEA (análise crítica e averiguação conforme os elementos constitutivos do tributo).

Ao final, busca-se responder os seguintes questionamentos: os tributos podem ser utilizados como instrumentos para o fomento da tutela ambiental? De acordo com a realidade brasileira, qual a espécie tributária mais adequada para a promoção do meio ambiente sustentável? Que medidas o Brasil deve adotar para os esverdeamento da economia? A criação de um eventual IEA brasileiro seria a solução à melhoria do desempenho ambiental recomendada pela OCDE?

Como metodologia, aplica-se ao presente artigo a pesquisa bibliográfica e documental. Referencia-se a doutrina das professoras Evelyn Coronado Lagos - autora do livro "*Impuesto Chileno Sobre Emisiones a La Atmósfera Proveniente de Fuentes Fijas (un estudio a la luz de la legislación española)*" e Lise Vieira da Costa Tupiassu - autora do livro "*Tributação Ambiental: A utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável*". As fontes bibliográficas receberam abordagem qualitativa.

2 A PROTEÇÃO AMBIENTAL PELO DIREITO TRIBUTÁRIO: A EXTRAFISCALIDADE DOS IMPOSTOS COMO INSTRUMENTO PARA A PROMOÇÃO DA TUTELA AMBIENTAL

Toda regra jurídica é produzida pelo Estado para regular comportamentos sociais, gerais ou específicos, eleitos pela sociedade, através de representantes legalmente investidos de poder, como essenciais e necessários, com vistas a obtenção de um fim, geralmente de proteção ou concretização de direitos constitucionalmente previstos, que, sob ótica distanciada, assegura a manutenção de toda a sociedade.

Dentre os direitos sociais que devem ser concretizados para a manutenção da sociedade encontra-se o relativo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, cuja responsabilidade de defesa e conservação é imposta ao Poder Público (Estado) e à Sociedade em geral – previsto no ordenamento jurídico brasileiro no *caput* do artigo 225 da Carta Cidadã (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 2017).

A preocupação com a proteção do meio ambiente se tornou prioridade do Estado quando a sociedade percebeu que o avanço econômico - derivado da busca pelo bem-estar social, provocado pela atuação humana estava influenciando negativamente o meio ambiente a tal ponto que, em um futuro próximo, a vida terrena se tornaria insustentável (TORRES, 1996, p. 4). Para o que interessa ao presente artigo, a ganância do homem pela riqueza, alcançada através da assídua transformação do meio ambiente, resultava na agressão atmosférica, por exemplo.

Esta preocupação com a defesa do meio ambiente acarretou na criação de um novo ramo jurídico denominado "Direito Ambiental". Tal vertente do direito, para atingir seus fins, conta com a contribuição de diversos conceitos e instrumentos de outros ramos do direito, tais como: i. o direito administrativo (atos de controle, fiscalização, autorizações e etc.); ii. direito urbanístico (instrumentos de ordenamento do território e classificação de áreas protegidas); iii. o direito tributário (utilização de tributos ambientais); e iv. o direito penal (NABAIS, 2008, P. 5).

O direito tributário servirá ao direito ambiental, ora influenciando os comportamentos dos agentes poluidores - no intuito de desestimulá-los na prática antiecológica, por exemplo, impondo-se o pagamento de tributos pelo impacto ambiental decorrente da atividade econômica praticada; ora estimulando o uso de tecnologias ecológicas nos meios de produção através da concessão de descontos ou isenções tributárias (benefícios fiscais). Neste contexto, os tributos podem ser utilizados como meios para a efetivação da tutela ambiental.

Deste fim, nasce o "Direito Ambiental Tributário" que também é denominado de Direito Econômico Tributário. Tal ramo é definido como o "*conjunto de normas jurídicas*



que regula[m] a utilização dos instrumentos tributários, isto é, dos tributos e dos benefícios fiscais, com o principal objetivo de obter resultados extrafiscais". A finalidade imediata deste ramo jurídico é a promoção de direitos sociais como, por exemplo, a proteção ao meio ambiente, estando em segundo plano a arrecadação (obtenção de receita) para o Estado (NABAIS, 2008, P. 8).

Entretanto, existem limites para a aplicação do Direito Econômico Tributário na defesa do meio ambiente. É que, como já dito, a finalidade do direito tributário é a obtenção de receitas para cobrir despesas do Estado. Logo, toda a estrutura lógico-jurídico-tributária, em especial dos impostos, foi elaborada dentro deste contexto – contexto fiscal – o que, por óbvio, não é o de defesa do meio ambiente – contexto extrafiscal.

Dada a sua característica extrafiscal, as normas do direito econômico tributário devem ser excepcionais – exceção à regra dos tributos fiscais. É que quanto mais tributos se cobram dos agentes poluidores, maior é o estímulo para a adaptação das tecnologias e mudanças de comportamento, acarretando uma menor poluição derivada da atividade econômica e, conseqüentemente, uma menor arrecadação por parte do Estado. Logo, a finalidade extrafiscal tributária deve ser excepcional, pois reduz a arrecadação estatal, contrariando a natureza do direito tributário (NABAIS, 2017).

Esta extrafiscalidade ainda deve ser seletiva e flexível, não se sujeitando aos limites constitucionais para a tributação, devendo ser regulada pelo direito econômico e não pelo direito tributário propriamente dito (NABAIS, 2017). Apresenta como limites materiais a proibição do excesso e da proibição do arbítrio. Logo, não se pode utilizar o princípio da capacidade contributiva para justificar a cobrança desigual do tributo dos agentes poluidores, mas sim o princípio do poluidor pagador.

É que a capacidade contributiva pressupõe a máxima de que quem tem mais riquezas deve pagar mais tributos; enquanto que o princípio do poluidor pagador, utilizado pelo direito econômico tributário, prevê que quem poluir mais durante a prática da atividade econômica deve pagar mais tributos, entretanto, nem sempre quem polui

mais, ou seja, quem pratica a atividade econômica, dispõe de mais riquezas para contribuir com o Estado (TUPIASSU, 2006, p. 81).

Ainda sob a perspectiva dos limites, o tipo do tributo utilizado para a proteção do meio ambiente é um fator que restringe a sua aplicação, assim como o fato gerador e os critérios que constituem o tributo ambiental. Se não respeitados os critérios mencionados, é possível se tratar, não de um tributo ambiental propriamente dito, mas de um falso tributo ambiental, como ocorre, em regra, com as taxas.

Dentre as espécies tributárias, os impostos são aquelas mais adequadas para a obtenção dos fins extrafiscais necessários para a promoção do meio ambiente, seja em função de sua natureza e princípios, seja em razão da sua adequabilidade ao sistema econômico-tributário e das características que alimentam esta espécie tributária, conforme se observará nas linhas posteriores. Através desta espécie tributária a extrafiscalidade é atingida em sua plenitude.

Os impostos deste tipo possuem como: **i.** fato gerador (HERRERA, 2017) a atividade poluidora, devendo ser elaborado tendo-se como referência o princípio do poluidor pagador; **ii.** sujeitos passivos (que serão os contribuintes) os exploradores da atividade poluidora, ou seja, quem desenvolve a atividade que enseja poluição; **iii.** base de cálculo a matéria tributável poluidora (NABAIS, 2017); **iv.** alíquota uma taxa que deve estar diretamente relacionada com a matéria tributável (NABAIS, 2017).

Importante mencionar que estes tributos ambientais são checados por Organizações Internacionais, como a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que os compara para fins de avaliação e emissão de diretrizes aos Estados-membros e partícipes, especialmente quanto a natureza e o nível de fiscalidade a serem atingidos para a preservação do meio ambiente e o desenvolvimento de uma economia sustentável.



3 O ESVERDEAMENTO DA ECONOMIA BRASILEIRA E A NECESSIDADE DE INTRODUÇÃO DE TRIBUTOS SOBRE EMISSÕES ATMOSFÉRICAS: RELATÓRIO DA OCDE PARA O BRASIL 2015

Em 17 de junho de 2015, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), através de seu Grupo de Trabalho sobre Desempenho Ambiental, analisou e aprovou as avaliações e recomendações para o cumprimento da política ambiental internacional pelo Brasil (FAZENDA NACIONAL DO BRASIL, 2017). Deste relatório, foram destacados alguns elementos para a elaboração deste artigo (OCDE, 2015, p. 19).

Dotado de uma área territorial de 8.515.759,090 km², o Brasil é o quinto maior país do mundo (IBGE, 2017). Neste extenso território, encontra-se uma riqueza ambiental singular constituída de uma elevada diversidade climática, florestal e territorial, aqui representadas através do elevado índice de terras férteis, recursos hídricos, reservas minerais, petróleo e gás natural – recursos estes que são a base do desenvolvimento econômico do país (OCDE, 2015, p. 15).

Fruto da implementação de políticas públicas eficientes, bem como do investimento em educação – em especial, meados dos anos 2000 (quando milhares de pessoas saíram da pobreza), diante da imensa riqueza natural, a sociedade brasileira vem ampliando sua consciência para a preservação do meio ambiente. O que favoreceu para a implementação de programas de governo e elaboração de legislações de tutela ao meio ambiente (OCDE, 2015, p. 15).

Com um melhor desempenho social, ampliou-se o acesso da população à energia elétrica, à água potável e aos serviços de saneamento e de gestão de resíduos. Notoriamente, deste acesso resultaram investimentos em infraestrutura e energia, elevada taxa de urbanização, ampliação do cultivo de alimentos e processos industriais, bem como o aumento das pressões incidentes sobre o meio ambiente.

Como consequência deste desempenho, oriundo do Programa de Aceleração do Crescimento, ampliou-se o consumo de energia e a produção de bens, o que requer investimentos no setor, acarretando o proporcional aumento da poluição atmosférica, visto que a produção de resíduos acompanha o crescimento dos padrões sociais (OCDE, 2015, p. 20). Assim, é que a emissão dos gases de efeito estufa (GEEs) e prejudiciais à saúde – como o Dióxido de Carbono (CO₂), Óxido de Nitrogênio (NOX) e derivados, decorrentes do setor energético e industrial, tem aumentado, desde 2000 no Brasil.

Este aumento é facilmente conferido através da tabela fornecida pela OCDE (OCDE, 2017), onde se computam dados sobre a emissão de CO₂, em milhões de toneladas por ano, pelo Estado brasileiro. Em 2001, as emissões de CO₂ pelo Brasil foi de 298,87 milhões de toneladas; evoluindo até o patamar extremamente elevado de 478,02 milhões de toneladas em 2014 (seis vezes maior que a poluição promovida pela Chile para o mesmo ano).

O aumento da poluição atmosférica – responsável pelo efeito estufa, tem gerado prejuízos para a saúde, ordem social e econômica do Estado brasileiro. Por tais motivos, o relatório da OCDE conclui que *"o Brasil deve se fazer valer de tributos verdes e suprimir isenções fiscais prejudiciais"*, *"necessita aprimorar suas infraestruturas e remover barreiras àecoinovação"*, deve reduzir *"formas de proteção comercial [... que] limitam a concorrência e aumentam os custos de tecnologia"* (OCDE, 2015, p. 17).

E mais: *"Implementar rapidamente programas setoriais para mitigar as emissões de GEEs e acelerar o desenvolvimento do SMMARE [sistema de gestão ambiental], a fim de monitorar os resultados; assegurar que medidas efetivas sejam replicadas e ampliadas"* (OCDE, 2015, p. 25) e *"Desenvolver um eficaz sistema nacional de monitoramento da qualidade do ar, com metodologias consistentes e coleta de dados nos estados"* (OCDE, 2015, p. 25).

A implementação de tributos ambientais propriamente ditos no Brasil, o aperfeiçoamento das falsas espécies existentes e a remoção de isenções fiscais ambientais indevidamente concedidas – objetivando sempre a promoção do meio ambiente, carecem



de uma revisão no sistema normativo fiscal nacional que deve ser realizado com certa urgência face ao impacto ambiental já demonstrado. Trata-se do fenômeno denominado de esverdeamento do sistema tributário e de encargos ou Esverdeamento da economia no contexto do desenvolvimento sustentável.

Face a este cenário, foram realizadas algumas recomendações ao Estado brasileiro para a realização da economia no contexto do desenvolvimento sustentável: i. reformar o sistema de tributos e encargos no que tange ao meio ambiente, possivelmente no contexto de uma reforma fiscal mais ampla; ii. manutenção de alíquotas positivas para a contribuição CIDE sobre combustíveis, ajustando-as de modo a refletir o teor do combustível e as emissões de poluentes atmosféricos; iii. aplicação da CIDE para combustíveis usados na aviação e máquinas estacionárias (por exemplo, nas indústrias); e iv. introdução de tributos sobre poluição (ex.: emissões atmosféricas), resíduos (materiais de embalagem), aproveitamento de recursos (minerais) e alinhamento de alíquotas de tributos sobre veículos com o desempenho ambiental (OCDE, 2015, p. 35).

Paralelamente, verifica-se que o contexto problemático, social, político, econômico, tributário e ambiental do Chile é bem semelhante ao do Brasil. Os dois Estados citados inclusive lidam com problemas parecidos detectados pelas avaliações da OCDE em 2015 (Brasil) e 2016 (Chile). As recomendações também são, em linhas gerais, de parecido teor. O Chile, entretanto, está mais avançado que o Brasil visto que em sua última reforma tributária inovou com a criação do imposto sobre emissões de poluentes atmosféricos incidente sobre fontes fixas.

Outro importante fator consiste na previsão realizada pela OCDE que aponta para um aumento de 50% até o ano de 2050, na emissão de gases atmosféricos agressivos à camada de ozônio, em especial, de CO₂, em razão da demanda de energia e do crescimento econômico nos grandes países emergentes, o que acarretará em uma alta média de 3,7°C a 6° da temperatura do planeta até o final do século, o que nos leva a crer na necessidade de implantação de mecanismos tributários responsivos aos impactos

ambientais causados pela atividade econômica fomentada, em conformidade com o relatório da OCDE (OCDE, 2012).

4 O IMPOSTO SOBRE EMISSÕES ATMOSFÉRICAS DE FONTES FIXAS: UM EXEMPLO A SER SEGUIDO?

Em 26 de setembro de 2014, foi aprovada a Lei 20.780 que, versando sobre a reforma tributária, trouxe à baila o primeiro tributo ambiental verdadeiro do país: o Imposto Chileno sobre Emissões Atmosféricas de Fontes Fixas – IEA – previsto no 8º dispositivo. O IEA será objeto de análise neste artigo, para fins de averiguação quanto à sua aplicabilidade e eficiência.

Este imposto incide sobre os estabelecimentos cujas fontes de energia fixas, compostas por caldeiras e turbinas, individualmente ou em conjunto, somem uma potência térmica de 50MWt (megawatts térmicos). Os sujeitos passivos da obrigação tributária são as pessoas naturais ou jurídicas que, a qualquer tempo, fazendo uso da energia assinalada gerem a emissão de determinados compostos poluentes (BCN, 2017).

O fato espécie é a emissão de material particulado (MP), óxidos de nitrogênio (NO_x), dióxido de enxofre (SO₂) e dióxido de carbono (CO₂) na atmosfera. Trata-se de um imposto que objetiva a proteção não só da atmosfera – visto que incide sobre agentes contaminantes em sentido estrito (NO_x, SO₂ e MP) (BCN, 2017), mas também da camada de ozônio – posto que combate os gases de efeito estufa (CO₂, NO_x, CH₄, O₃ e outros).

A base de cálculo é a quantidade, em toneladas, da emissão dos agentes poluentes citados na atmosfera durante um período de um ano. Trata-se, portanto, de um tributo exigido anualmente, que deve ser pago, em moeda nacional, no mês de abril do ano seguinte ao da geração dos gases e de acordo com o quantitativo de emissões informados por cada contribuinte ao Ministério do Meio Ambiente chileno, em março de cada ano.

Para as emissões de NO_x, SO₂ e MP, o imposto é equivalente a 0,1 por tonelada emitida (BCN, 2017); ou a proporção dos agentes contaminantes multiplicado pela



quantidade resultante da aplicação da seguinte fórmula: $T_{ij} = CSC_{pc} \times P_{obj}$, onde: T_{ij} é o imposto por tonelada do contaminante "i" emitido na comunidade "j", medido em dólares por tonelada; CSC_{pc} é o custo social por cabeça do agente contaminante; e P_{obj} é a população da comunidade "j" (LAGOS, 2016, p. 20).

Entretanto, caso o estabelecimento poluente se encontre dentro de uma comunidade que faça parte de uma zona declarada como latente ou saturada em função da concentração de MP, NOx e SO₂, de acordo com a Lei 19.300, se aplicará para a taxa do imposto por tonelada um fator adicional consistente no coeficiente de dispersão e qualidade do ar (CCA_j). Ocasão em que será utilizado a seguinte fórmula: $T_{ij} = CCA_j \times CSC_{pc} \times P_{obj}$ (BCN, 2017).

O CCA_j é graduado em zona saturada e zona latente, a depender da concentração das emissões estimadas para cada comunidade, variando o coeficiente entre 1.1 e 1.2. Compete ao Ministério do Meio Ambiente do Chile publicar, anualmente, uma lista contendo o nível de dispersão e qualidade do ar das comunidades (BCN, 2017). O CSC_{pc} – custo social de contaminação por cabeça por agente contaminante, será de MP \$0,9; SO₂ \$0,01; NOX \$0,025.

O P_{obj} será calculado anualmente de acordo com a população de cada comunidade. O órgão responsável pela projeção é o Estatuto Nacional de Estatísticas do Chile. Note-se que esta fórmula leva em consideração, tanto a qualidade do ar de determinada região (através da capacidade de dispersão), quanto a quantidade de pessoas afetadas por esta qualidade.

Logo, quanto mais baixa a dispersão dos agentes poluentes e elevada quantidade de pessoas, o imposto será mais alto, permitindo que as novas indústrias busquem um local com menor população e alta dispersão do agente contaminante, cujo imposto será mais baixo (LAGOS, 2016, p. 16), para se instalar.

Para as emissões de CO₂, o imposto será de cinco dólares por tonelada emitida – valor este calculado pela Divisão de Avaliação de Investimento Social do Ministério do Desenvolvimento Social (BCN, 2017). O Chile publica anualmente os preços sociais

vigentes (MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, GOBIERNO DE CHILE, 2017), dentre os quais se encontram o preço social Carbono. De acordo com esta publicação, como não existe consenso para o cálculo do preço do carbono, deve-se utilizar o preço de mercado.

Este preço de mercado leva consideração os valores negociados no âmbito do mecanismo de desenvolvimento limpo – mercado que o Chile participa. As Reduções Certificadas de Emissões de Gases de Efeito Estufa são os instrumentos utilizados para transação em bolsas internacionais. Logo, o cálculo do IEA carbono leva em consideração os valores praticados em bolsas de valores (MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, GOBIERNO DE CHILE, 2017).

Este imposto apresenta dupla natureza: fiscal e extrafiscal. Claramente se observa, através das discussões legislativas, as intenções arrecadatórias, no sentido de aumentar a receita estatal para o cobrimento de despesas públicas (BCN, 2017), especialmente relacionadas à educação e saúde (BCN, 2017). Também se constata a preocupação dos deputados em estimular o investimento em tecnologias não poluentes e em fomentar o desenvolvimento de uma economia sustentável baseada na proteção do meio ambiente (BCN, 2017).

Estima-se que a arrecadação dos impostos sobre emissões derivadas de fontes fixas para o CO₂ seja de aproximadamente 134 milhões de dólares por ano; enquanto que a arrecadação resultante da aplicação do IEA para as emissões de NO_x, MP e SO₂ seja de 22 milhões de dólares por ano. Somados, estima-se que a arrecadação poderá chegar a 174 milhões de dólares, conforme dados fornecidos pelo Estado do Chile (MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, GOBIERNO DE CHILE, 2017).

Neste sentido, pode-se concluir que este tributo apresenta as seguintes vantagens:

- i. é eficiente no controle da contaminação, ou seja, os objetivos ambientais são auferidos a um menor custo;
- ii. permite ao emissor controlar as suas emissões;
- iii. o critério de concentração de agentes contaminantes por comunidade possibilita a desconcentração da atividade poluente;
- iv. respeita-se o princípio do poluidor pagador.



E mais: v. estimula a utilização de tecnologias ecológicas pelo sujeito passivo da obrigação tributária; vi. seu fato gerador é próprio dos tributos ambientais e incide sobre elementos que causam danos ao meio ambiente; vii. para a quantificação não utiliza como critério a pessoa do explorador da atividade econômica; viii. é um imposto anual e nacional; ix. a base de cálculo é medida de forma precisa; x. seu cálculo considera o custo social dos agentes contaminantes e a população afetada.

Contrario sensu, pode-se criticar esta espécie tributária por: i. possuir uma alíquota baixa, em relação aos demais países da sociedade internacional, para a cobrança do CO₂ por tonelada – o valor atual cobrado não reflete o custo social das emissões; ii. sua cobrança apenas incide sobre as usinas termoelétricas e grandes indústrias, esquecendo-se de tributar o setor de extração de minérios, como o cobre; iii. a legislação que promove o tributo não indica como é realizado o cálculo da dispersão.

E ainda: iv. está obscuro a forma pela qual se chegou ao custo social do elemento contaminador para a saúde das pessoas; v. o estímulo para a substituição da tecnologia poluente pela ecológica também é baixo, visto que não existem benefícios maiores para a utilização de máquinas ou tecnologias verdes.

Entretanto, em que pese seus pontos negativos, conclui-se que este é um imposto de bases sólidas, bem constituído, com elementos bem delimitados, que atende a função extrafiscal exigida pelo direito econômico tributário e é imposto voltado para o fomento e tutela do meio ambiente, sendo eficiente para a proteção ambiental e melhoria da qualidade atmosférica sendo, portanto, um exemplo a ser seguido pelo Estado brasileiro.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A produção de toda norma jurídica objetiva, mediata ou imediatamente, a promoção de direitos. O direito ambiental tutela a proteção ao meio ambiente. Para tanto, conta com a utilização de instrumentos de outros ramos do direito, como o Direito

Tributário. Este ramo, possui instrumentos, tributos e benefícios fiscais, que são capazes de influenciar comportamentos dos particulares visando a promoção do meio ambiente.

O direito tributário-ambiental é também chamado de direito econômico tributário. Este novo ramo jurídico é caracterizado pela extrafiscalidade, ou seja, o tributo não objetiva, *prima facie*, a arrecadação (fim fiscal), mas sim o fomento de direitos sociais a que o Estado se obrigou por força da Constituição Federal, sendo o imposto a espécie tributária mais compatível com os fins extrafiscais.

O Chile e o Brasil, ambos os países possuem realidade semelhantes. Sua economia é parecida e voltada a exploração de recursos naturais. A matriz energética é constituída também de termoelétricas. Juntamente com estas, as indústrias e o uso de combustíveis, inclusive para o transporte de cargas e pessoas, influenciam negativamente o meio ambiente. Ambos os países tiveram, nos últimos tempos, um crescimento econômico descontrolado.

Em função das atividades econômicas desenvolvidas por ambos os países, o desgaste ambiental é gerado pelos mesmos agentes poluidores: CO₂, NO_x, SO₂, MP e outros, sendo que o Brasil polui a atmosfera seis vezes mais que o Chile, fato que é compensado tamanho do Chile que é bem menor, em termos de área territorial, que o Brasil. Logo, para problemas parecidos soluções semelhantes podem ser adotadas.

A OCDE desenvolveu relatórios para ambos os países. As conclusões são parecidas. Em síntese, é necessário o esverdeamento da economia através da utilização de tributos ecológicos. Para o Brasil é necessário criar verdadeiros tributos verdes. Para os falsos tributos ambientais, deve-se modificá-los para atender a uma economia ecologicamente sustentável. O Chile está mais avançado que o Brasil neste ponto. As recomendações para este Estado é manter e aprimorar as espécies tributárias ambientais.

A criação do Imposto Chileno sobre as Emissões Atmosféricas Provenientes de Fontes Fixas é nova. É o primeiro tributo ambiental existente no continente sul-americano com estas características.



Como vantagens, este tributo apresenta as seguintes: eficiente no controle da contaminação; o estímulo à utilização de tecnologias ecológicas; seu cálculo considera o custo social dos agentes contaminantes, a concentração dos agentes contaminantes nas comunidades e a população afetada; seu fato gerador é próprio dos tributos ambientais; e incide sobre elementos que causam danos ao meio ambiente.

Como desvantagens, cita-se: possuir uma alíquota baixa; sua cobrança apenas incide sobre as usinas termoelétricas e grandes indústrias; a legislação que promove o tributo não indica como é realizado o cálculo da dispersão; está obscuro a forma pela qual se chegou ao custo social do elemento contaminador para a saúde das pessoas; o estímulo para a substituição da tecnologia poluente pela ecológica também é baixo.

Como já dito, para problemas parecidos soluções semelhantes. Ao analisar sua estrutura foi observado que é um imposto de bases sólidas, que contém elementos bem delimitados, atendendo à função extrafiscal exigida pelo direito econômico tributário. É voltado para proteção ambiental e é eficiente para a proteção ambiental e melhoria da qualidade atmosférica sendo, portanto, um exemplo a ser seguido pelo Estado brasileiro.

Conclui-se, após a apresentação do Imposto Chileno sobre as Emissões Atmosféricas Provenientes de Fontes Fixas, pela possibilidade de melhoria do desempenho ambiental brasileiro, caso haja a criação de um imposto com características parecidas ao desenvolvido por aquele país, desde que adaptado para a realidade brasileira e sanados pontos negativos já mencionados.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. Editora Saraiva, 1993.

Código Tributário Nacional Brasileiro 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm. Acesso em: 16 ago 2017.

Constitución Política de la República de Chile. Disponível em: <https://www.camara.cl/camara/media/docs>. Acesso em: 16 ago 2017.

Constituição do Brasil 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao. Acesso em: 18 ago 2017.

Data OCDE Air and GHG Emissions. Disponível em: <https://data.oecd.org/air/air-and-ghg-emissions.htm>. Acesso em: 18 ago 2017.

HERRERA, Pedro Molina. Derecho Tributario Ambiental. Disponível em: <https://edisiplinas.usp.br/pluginfile.php/297468>. Acesso em: 23 ago 2017.

Historia de la Ley. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponível em: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc>. Acesso em: 22 ago 2017.

LAGOS, Evelyn Coronado. Impuesto Chileno Sobre Emisiones a La Atmósfera Provenientes de Fuentes Fijas. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2016.

Ley nº 20780, de 29 set de 2014. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1067194>. Acesso em: 18 ago 2017.

NABAIS, José assalta. Tributos com fins ambientais. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/722-1115.pdf>. Acesso em: 23 ago 2017.

OECD Environmental Outlook to 2050. Disponível em: <http://www.oecd.org/env/indicators-modelling-outlooks>. Acesso em: 16 ago 2017.

OECD Environmental Performance Reviews: Chile 2016. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd>. Acesso em: 14 ago 2017.

PIZARRO, Rodrigo. Presentación: Impuestos Verdes. Disponível em: <http://www.chile21.cl/wp-content/uploads/2014/05/>. Acesso em: 22 ago 2017.

Relatório da OCDE sobre a Avaliação de Desempenho Ambiental: Brasil 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/environment/country>. Acesso em: 15 ago 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. Direitos Humanos e a Tributação. Editora Renovar, 1996.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação ambiental: a utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável".





O DEBATE DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMÓVEL URBANA COMO UM DOS ELEMENTOS DA EDUCAÇÃO JURÍDICA EMANCIPATÓRIA

.....

Felipe Jardim¹
Itallo Marques de Santana²

1 INTRODUÇÃO³

Princípio norteador do direito de propriedade no Brasil, a função social da propriedade é observada na Constituição Federal da República de 1988 e aduz que todo bem, seja móvel ou imóvel, rural ou urbano, deve ter um uso condizente com os interesses da sociedade, e não apenas com os interesses dos proprietários. No caso dos imóveis urbanos - foco deste trabalho, apesar de também apresentar dados sobre a área rural - os interesses coletivos são guiados pelo Plano Diretor de cada município em prol do ordenamento urbano.

Em outras palavras, há o efetivo cumprimento de tal princípio quando o uso da propriedade urbana é compatível com o contexto sócio econômico e ambiental, traduzidos através da infraestrutura, equipamentos e serviços públicos, e simultaneamente colabora para a segurança, bem-estar e desenvolvimento dos usuários, vizinhos e, por fim, da população como um todo.

O estudo desta temática, assim, é relevante socialmente porque, além de ser um dos pontos centrais para a viabilidade de políticas públicas, é uma forma de combater o

¹ Aluno de Mestrado do Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Urbano da Universidade Federal de Pernambuco. Bolsista CNPq. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. E-mail: felipejardim@outlook.com.

² Aluno de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito e Processo Civil pela Uninassau. Bacharel em Direito pela Uninassau. E-mail: itallodesantana@hotmail.com

³ Trabalho apresentado no Grupo de Trabalho de Direito Civil no IV Colóquio Internacional de Pesquisadores em Direito, em Recife-PE.

senso comum que trata a propriedade como um direito individual inabalável e que merece superproteção, além de ser uma das diretrizes para um desenvolvimento urbano justo, inclusivo e sustentável, haja vista que, por exemplo, a falta de acesso à terra gera moradia indignas, irregulares, sem infraestrutura básica, bem como ocupações em áreas que deveriam ser protegidas ambientalmente, causando riscos naturais e sanitários aos mais vulneráveis, ao passo que, existem imóveis ociosos e abandonados em centros urbanos.

Prova disso é que, segundo dados do censo demográfico 2010, o déficit habitacional no Brasil é de 6,490 milhões de unidades, ao passo que existe um estoque de 6,052 milhões de domicílios vagos, 77% localizados nas áreas urbanas e 23% nas áreas rurais (IBGE, 2010).

Por isso, este trabalho busca, a partir da análise de documental, investigar se a função social da propriedade é abordada nos cursos jurídicos brasileiros, posto que eles são formadores de profissionais que irão ter o poder de defender e decidir sobre os interesses individuais e/ou coletivos, direta ou indiretamente relacionados com a urbanização e o direito à cidade.

Neste sentido, esta pesquisa objetivou investigar se os cursos jurídicos estão envolvidos no processo do desenvolvimento urbano a partir do debate da função social da propriedade. Para isso, houve uma análise das propostas pedagógicas de escolas jurídicas de nível superior de nosso País a fim de identificar se havia citação direta e expressa da expressão "função social da propriedade" nos cursos de Direito bem avaliados pelo Ministério da Educação e pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Pretendeu-se aqui comprovar ou negar a hipótese, ante à realidade sensível e cotidiana das grandes metrópoles brasileiras, de que o debate sobre a função social da propriedade não perpassa as salas de aula do Direito.



2 CONTEXTO INTERNACIONAL E RELEVÂNCIA TEMÁTICA

Com as influências iluministas, houve o reconhecimento do direito de propriedade como direito fundamental. A Declaração dos Direitos Humanos (1789), foi responsável por reforçar o caráter individual e exclusivista da propriedade, como observado na contextualização do artigo 2º (“A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”), bem como nas palavras “inviolável” e “sagrado” do art. 17 (“Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização”) da Declaração (1789).

Estipulou-se, assim, com a possibilidade de privação por necessidade pública comprovada uma marcante flexibilização do direito de propriedade, de modo a existir uma nova modelagem dos meios de perda, segundo interesses acima dos individuais e a partir do requisito fundamental da necessidade pública, um fator de papel importante no reconhecimento dos direitos transindividuais a viabilizar o instituto da desapropriação (com marcante diferença da expropriação por haver indenização) por necessidade e utilidade públicas.

Com a evolução semântica e provocando sensíveis mudanças no conteúdo do direito proprietário, em 1851, August Comte, seguido por León Duguit, afirmou que a propriedade, ainda que privada, possuía função social (apud MORAES, 1999, p. 94).

Quarenta anos depois, na encíclica papal *Rerum Novarum*, o Papa Leão XVIII defendeu a tese de que “a propriedade particular e pessoal é, para o homem, de direito natural” (1891).

Posteriormente, em 1948, foi criada uma nova Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual contribuiu para o pensamento funcional da propriedade ao, expressamente, mencionar o caráter coletivo da mesma no Artigo 17º, item 1, pelo qual “toda a pessoa, individual ou coletiva, tem direito à propriedade”; e 2, em que “ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua propriedade”.

Em semântica parecida com a Encíclica já mencionada, também seguiu a *Quadragesimo Anno*, de Pio XI (1931), ratificando o direito natural e a moderação do Estado para prover o bem comum; *Mater et Magistra* (1961), do papa João XXIII, que evidenciou a socialização como um ponto forte da época e citou diversas vezes a propriedade como direito natural (itens 19, 30, 43, 108, 109, 113, 114) ligado intrinsecamente à uma função social (itens 19, 30, 43, 111, 118, 119, 120); a Constituição Pastoral *Gaudium et Spes* (1965), do Concílio Vaticano II, pela qual a propriedade "é índole social, fundada na lei do destino comum dos bens"; e a *Populorum Progressio* (1967), estas duas últimas elaboradas por Paulo VI, pela qual a terra tem caráter isonômico, não sendo propriedade só dos ricos, não podendo ser um direito incondicional e absoluto.

Neste sentido, a Carta para a Semana Social de Brest, em *L'homme et la révolution urbaine* (1965, p. 8-9), revela que "o direito de propriedade nunca deve exercer-se em detrimento do bem comum, segundo a doutrina tradicional dos Padres da Igreja e dos grandes teólogos". E, continuando a citação, surgindo algum conflito "entre os direitos privados e adquiridos e as exigências comunitárias primordiais", é ao poder público que pertence "resolvê-lo, com a participação ativa das pessoas e dos grupos sociais".

Em 2006, foi lançada a Carta Mundial pelo Direito à Cidade, que trouxe um texto com importantes observações sobre a função social da cidade e da propriedade urbana, como a proposição de que na formulação e implementação das políticas urbanas haja, segundo o item 2.4 do documento, o prevalecimento do interesse social e cultural coletivo sobre o direito individual de propriedade e sobre os interesses especulativos e (2.2) o uso socialmente justo e ambientalmente equilibrado do espaço e do solo urbano, em condições seguras e com equidade entre os gêneros, posto que todos e todas possuem o direito a participar da propriedade do território urbano dentro de parâmetros democráticos, de justiça social e de condições ambientais sustentáveis.

Além do mais, o referido documento menciona (no item 2.3) uma importante observação para o cumprimento da função social da propriedade, qual seja a promulgação



de legislação adequada, bem como estabelecimento de “mecanismos e sanções destinados a garantir o pleno aproveitamento de solo urbano e de imóveis públicos e privados não edificados, não utilizados, subutilizados ou não ocupados”.

Por fim, a Carta ainda merece atenção por tocar a inibição da especulação imobiliária, uma abordagem que reafirma a Declaração de Vancouver, originada do relatório de habitação da Conferência das Nações Unidas sobre assentamentos (ONU-Habitat I), 1976, que consagra, no item 13, a terra como elemento essencial ao desenvolvimento urbano (e rural), devendo o uso e a posse serem objetos do controle público em razão da oferta limitada, através de medidas legislativas adequadas. Neste sentido, o incremento no valor da terra como decisão e investimentos públicos deve ser reingressado no beneficiamento da sociedade como um todo. Em outras palavras, combate-se a especulação imobiliária e defende-se a sobreposição do interesse público.

Em um contexto mais recente, em 2016 houve a Declaração de Quito - Nova Agenda Urbana em prol do desenvolvimento sustentável, incluindo, compromissos quanto a função social, seguido de estímulos ao aproveitamento local da infraestrutura básica de bens e serviços - no mesmo sentido do Relatório Brundtland, um documento publicado pela Comissão Mundial de Sustentabilidade e Desenvolvimento em Londres, 1987, segundo o qual, no Capítulo 10:4 (Habitação e serviços para os pobres) mencionava o suporte a novas moradias em novas e já existentes áreas com infraestrutura e serviços.

Em suma, depreende-se que a pauta do desenvolvimento urbano sustentável atravessa os campos do direito de propriedade e da função social da propriedade.

3 CONTEXTO LEGISLATIVO EM VIRGOR NO BRASIL

A Constituição da República de 1988 garante, em seu artigo 5º, inciso XXII, o direito de propriedade e, no inciso XXIII, dispõe que a propriedade atenderá à sua função social, sendo este um princípio reafirmado como princípio da ordem econômica e financeira (art. 170, III, CRFB/1988) e permeia todo o texto dos dispositivos constitucionais referentes à

política urbana (arts. 182 e 183) e à política agrícola e fundiária (arts.184 a 191). Com isso, segundo Rochelle Jelinek (2006, p. 22), percebe-se que

se agregou ao direito de propriedade – antes delineado sob um prisma privatista – o dever jurídico de agir em vista do interesse coletivo, ou seja, o direito subjetivo do proprietário privado foi submetido ao interesse comum, imprimindo-lhe o exercício de uma função social, voltada ao interesse coletivo. Na atual ordem jurídico-constitucional, a função social é parte integrante do conteúdo da propriedade privada.

No ano de 2001, o Estatuto da Cidade foi responsável por trazer um dos mais importantes traços jurídicos sobre a função social da propriedade em razão da delimitação:

Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.

Já o Código Civil (Lei nº 10.406) de 2002, a partir da função social da propriedade, adequa a finalidade econômica à proteção da flora, fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitar a poluição do ar e das águas (art. 1228, § 1º). Ainda neste Código, existe a disposição de que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos (art. 2.035, parágrafo único).

Já no corrente ano, foi sancionada a Lei nº 13.465, a qual expõe que “constituem objetivos da Regularização Fundiária Urbana, a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios: garantir a efetivação da função social da propriedade” (art. 10, VII).

Finalizando, ao observar o panorama legal, conforme MelhimChalhub (2003, p. 315), é possível notar que, à luz dos princípios constitucionais pertinentes, “só mediante lei é possível estabelecer condicionamentos ao direito de propriedade, afastando qualquer possibilidade de interferência do ato administrativo nesse campo”, bem como afirmar que



“verifica-se que a função social da propriedade orienta a nova disciplina do direito de propriedade, tendo por escopo o bem estar da sociedade e a realização da dignidade humana” (SOUZA, 2011, p. 234).

Com isso, conclui-se que, o debate sobre a função social da propriedade precisa ocorrer dentro das salas de aula dos cursos superiores em Direito.

4 A ABORDAGEM DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO ENSINO SUPERIOR JURÍDICO BRASILEIRO

Como visto, a função social da propriedade é um tema antigo e com influências internacionais, estando presente também no ordenamento jurídico brasileiro. Desta forma, levanta-se a hipótese de que o debate sobre o tema perpassa a Academia jurídica brasileira.

Assim, o estudo iniciou com a busca virtual do projeto pedagógico - documento que costuma conter as diretrizes, valores, objetivos do curso e ementas com os principais conceitos a serem abordados pelas disciplinas, constando também indicações bibliográficas básicas e complementares –da primeira categoria de análise: cursos brasileiros de Direito com melhor avaliação realizada pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), do Ministério da Educação (MEC), com base no Conceito Preliminar de Curso (CPC).

Este conceito é constituído por oito componentes, agrupados em três dimensões que refletem a qualidade dos cursos de graduação: desempenho dos estudantes (que leva em conta a nota o ENADE - Exame Nacional de Desempenho de Estudantes -, entre outros fatores), corpo docente (nota de proporção de mestres e doutores entre os professores, por exemplo) e condições oferecidas para o desenvolvimento do processo formativo (entre as quais estão notas referentes à organização didático-pedagógica e infraestrutura).

Segundo o Inep, os melhores cursos estão no CPC faixa 5⁴ e têm CPC contínuo entre 3,945 e 5 (a nota contínua vai de 0 a 5).

Os dados obtidos foram sintetizados na tabela que segue.

Tabela 01 – Abordagem expressa e direta do termo “função social da propriedade” em cursos jurídicos CPC faixa 5

Instituição	Local	Abordagem da Função Social da Propriedade	
		Direito Civil	Outras
A1) Faculdade de Ciências Contábeis e de Administração do Vale do Jurena	Juina/MT	7º semestre: Direito Civil V (Direitos Reais), disciplina obrigatória de 72h, citação na bibliografia complementar sobre função social da propriedade rural	7º semestre: Direito Tributário, disciplina obrigatória de 72h, citação na bibliografia complementar sobre função social da propriedade rural
B1) Faculdade Redentor⁵	Itaperuna/RJ	6º semestre: Direito Civil IV (Direitos Reais), disciplina obrigatória de 40h, citação na ementa sobre função social da propriedade	3º semestre: Projeto integrador III, disciplina obrigatória de 40h, citação na ementa sobre função social da propriedade
			10º semestre: Direito Ambiental, disciplina obrigatória de 40h, citação na ementa sobre função social da propriedade urbana

Fonte: Elaborado pelos autores.

As universidades CPC faixa 05 que não disponibilizaram projetos pedagógicos ou estes eram com dados insuficientes foram: C1) Faculdade Nobre de Feira De Santana (Feira de Santana/BA), D1) Universidade Nove de Julho (São Paulo/SP), Universidade Paulista: E1) São Paulo, F1) Sorocaba e G1) Santos/SP¹, H1) Faculdade de Castelo – Multivix Castelo (Castelo/ES), I1) Faculdade Metropolitana da Amazônia (Belém/PA).

Já a segunda análise tem por base os dados dos cursos jurídicos com o “Selo OAB Recomenda”, um indicador de qualidade entregue pela Ordem dos Advogados do Brasil

⁴ INEP. Conceito Preliminar de Curso. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/conceito-preliminar-de-curso-cpc->>. Acesso em 17 nov. 2017.

⁵ Ementa disponibilizada via e-mail após solicitação.



para instituições de ensino superior bem avaliadas no Exame da Ordem e no Enade. A quinta edição do prêmio (2016), trouxe 142 instituições recomendadas⁶, das quais foram destacadas as 14 abaixo mencionadas (obtidas por meio de sorteio) a fim de obter dados por amostragem:

Tabela 02 – Abordagem expressa e direta do termo “função social da propriedade” em aproximadamente 10% dos cursos jurídicos com Selo OAB Recomenda

INSTITUIÇÃO	LOCAL	ABORDAGEM DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	
		DIREITO CIVIL	OUTRAS
A2) Universidade do Estado da Bahia	Salvador/BA	7º semestre: Direito Civil VI (Direitos Reais), disciplina obrigatória de 60h, citação na ementa sobre função social da propriedade.	4º semestre: Direito Ambiental e Agrário, disciplina obrigatória de 60h, citação na ementa sobre função social da propriedade rural
B2) Faculdade Sete de Setembro	Fortaleza/CE	Ementas indisponíveis	
C2) Faculdade Processus - CAMPUS I	Brasília/DF	8º semestre: Direito Civil VII (Posse e Propriedade), disciplina obrigatória de 80h, citação na ementa sobre função social da propriedade	Inexistem outras citações
D2) Universidade Federal De Goiás	Goiânia/GO	Direito Civil V (Direitos Reais), disciplina obrigatória de 64h, citação na ementa sobre função social da propriedade	Direito Agrário, disciplina obrigatória de 64h, citação na ementa sobre função social da propriedade rural
E2) Universidade Federal Do Maranhão	Imperatriz/MA	Inexiste citação	8º semestre: Direito Agrário, disciplina obrigatória de 30h, citação na bibliografia básica sobre função social da terra.
F2) Universidade Federal Do Espírito Santo	Vitória/ES	6º semestre: Direito das Coisas, disciplina obrigatória de 60h, citação na ementa sobre função social da propriedade	Direito Urbanístico, disciplina optativa de 60h, citação na ementa sobre função social da propriedade e da cidade.
G2) Universidade Federal De Minas Gerais	Belo Horizonte/MG	7º semestre: Direito Civil V (Direitos Reais), disciplina obrigatória de 64h, citação na ementa sobre função social dos direitos reais	Inexistem outras citações

⁶ OAB. OAB entrega a 142 faculdades selo de qualidade em ensino de direito. Brasília: 12 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/29187/oab-entrega-a-142-faculdades-selo-de-qualidade-em-ensino-de-direito?argumentoPesquisa=selo%20de%20qualidade>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

H2) Faculdade De Direito Milton Campos	Nova Lima/MG	Ementas indisponíveis	
I2) Universidade Católica de Pernambuco	Recife/PE	6º semestre: Direito Civil V (Direitos Reais), disciplina obrigatória de 60h, citação na ementa sobre função social da propriedade	Direito Agrário, disciplina optativa de 60h, citação na ementa sobre função social da propriedade
J2) Escola De Direito Do Rio De Janeiro (FGV)	Rio de Janeiro/RJ	Inexistem citações	
K2) Faculdade De Ciências Econômicas	Campinas/SP	Ementas indisponíveis	
L2) Centro Universitário Uniseb (Estácio)	Ribeirão Preto/SP	Inexistem citações	
M2) Universidade São Judas Tadeu – Unidade Butantã	São Paulo/SP	Ementas indisponíveis	
N2) Universidade Federal De Sergipe	São Cristóvão/SE	Inexistem citações	

Fonte: Elaborado pelos autores.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a investigação, os dados obtidos foram os seguintes:

a) Dos 23 (vinte e três) cursos pesquisados, apenas em 12(doze) é possível obter o projeto pedagógico (com as ementas das disciplinas) nos ambientes institucionais virtuais ou por meio de requisição. Nos outros 11 (onze) casos, mesmo após contato telefônico, houve a negativa de disponibilidade para não-alunos ou ausência de resposta.

b) Em continuidade com a pesquisa, apesar do insucesso parcial na obtenção dos dados, dos 12 (doze) cursos supracitados, existem 07(sete) disciplinas que mencionam expressamente o termo “função social da propriedade”. As citações explícitas do termo “função social da propriedade” nestas 07 disciplinas ocorreram da seguinte forma:08(oito) vezes em Direito Civil, 01 (uma) em Direito Tributário, 01 (uma) em Direito Mineral e dos Recursos Hídricos, 03 (três) exclusivamente em Direito Agrário, 01 (uma) em uma disciplina



conjunta de Direito Agrário e Direito Ambiental, 01 (uma) em Projeto Integrador e 02 (duas) em Direito Urbanístico, conforme representação gráfica abaixo.



Fonte: Elaborado pelos autores.

c) Ainda, percebe-se que das 17 (dezesete) vezes que o termo supramencionado aparece, 06 (seis) vezes são relacionadas especificamente com o meio rural e 03 (três) com o meio urbano.



Fonte: Elaborado pelos autores.

d) Em 03 (três) dos 12 (dozes) cursos sob análise não existe qualquer tipo de menção direta à função social da propriedade, nem mesmo em Direito Civil.

e) Durante o estudo também ficou perceptível que das 03 (três) bibliografias que apresentaram no título “função social da propriedade”, duas são nitidamente voltadas para o ambiente rural:

Tabela 03 – Bibliografias relacionadas com a função social da propriedade

INSTITUIÇÃO	LOCAL	BIBLIOGRAFIA
Universidade do Estado da Bahia	Salvador/BA	7º semestre: Direito Civil VI (Direitos Reais) FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. Última edição.
Faculdade de Ciências Contábeis e de Administração do Vale do Jurena	Juina/MT	Direito Civil V (Direitos Reais): CAMARGOS, Luciano Dias Bicalho. O Imposto Territorial Rural e a Função Social da Propriedade. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira. A Função Socioeconômica da Propriedade. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006

Fonte: Elaborado pelos autores.

Ante ao panorama apresentado, pode-se afirmar que, segundo os documentos dos projetos pedagógicos, a educação jurídica brasileira de nível superior debate, na maioria das salas de aula, o tema da função social da propriedade, mas que existe uma considerável inclinação para o direito privado (Direito Civil) e para o meio rural.

Todavia, esta pesquisa é superficial e não permite avaliar com qual a profundidade e qual o foco dado ao objeto em questão nas aulas.

Ressalta-se, além disso, que o tema pode ser abordado mesmo sem ser citado diretamente nas ementas, o que torna mais complexa a mensuração dos dados, da mesma maneira em que, mesmo sendo o corpo docente responsável pela abordagem, o tema pode ser ignorado.

No caso das disciplinas optativas, por sua vez, deve-se atentar que ainda pode ocorrer o caso das mesmas não serem de fato ofertadas pelas universidades.

Sugere-se, desta forma, para que a educação jurídica emancipe-se das visões tradicionalistas e amarras do passado, rumo à construção de um Estado Democrático de Direito e de uma sociedade e cidade mais justa, igualitária e sustentável: (i) que o debate



seja ampliado ao direito público, como nas disciplinas de Direito Constitucional, Direito Tributário, e Direito Administrativo, em razão dos meios de persecução do cumprimento da função social da propriedade permearem tais áreas; (ii) a expansão do estudo do Direito Urbanístico; (iii) reformulação das ementas das disciplinas existentes de Direito Civil e de Direito Urbanístico para que haja também abordagem explícita da função social da propriedade (urbana) e da cidade; (iv) aprofundamento desta pesquisa com mais dados de amostras a fim de ratificar os posicionamentos aqui apresentados; (v) mudança nas políticas das instituições de nível superior para que haja publicização dos dados dos respectivos projetos pedagógicos por um questão de transparência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

_____. **Lei nº 10.257**, de 10 de julho de 2001: regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Lex: ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Vademecum universitário de direito*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira 2002.

_____. **Código Civil. Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Reurb. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017: Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana [...]. Brasília, DF: Senado Federal**. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/477399971/lei-13465-17>>. Acesso em 17 nov. 2017.

CHALHUB, M. Função Social da Propriedade. **Revista EMERJ**, v. 6, n. 24. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_305.pdf>. Acesso em 17 nov. 2017.

COMISSÃO MUNDIAL DE SUSTENTABILIDADE E DESENVOLVIMENTO. **Relatório Brundtland**. Londres: 1987. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>> . Acesso em 17 nov. 2017.

JELLINEK, R. **O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil**. Porto Alegre: Ministério Público do Rio Grande do Sul, 2006. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/media/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>>. Acesso em 17 nov. 2017.



HABITAT INTERNATIONAL COALITION. **Carta Mundial pelo Direito à Cidade**. Disponível em: < <http://www.polis.org.br/uploads/709/709.pdf> >. Acesso em 17 nov. 2017.

João XIII. Carta encíclica *Mater et Magistra*. 1961. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html>. Acesso em 17 nov. 2017.

Leão XVIII. Carta encíclica *Rerum Novarum*. 1891. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em 17 nov. 2017.

MORAES, José Diniz de. **A função social da propriedade e a Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 94.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em 17 nov. 2017.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em 17 nov. 2017

ONU HABITAT. Declaração de Vancouver. Vancouver: 1987. Disponível em: <http://mirror.unhabitat.org/downloads/docs/The_Vancouver_Declaration.pdf>. Acesso em 17 nov. 2017.

ONU HABITAT. Declaração de Quito. Quito: 2015. Disponível em: <<http://habitat3.org/wp-content/uploads/New-Urban-Agenda-GA-Adopted-68th-Plenary-N1646660-S.pdf>>. Acesso em 17 nov. 2017.

Pio XI. Carta encíclica *Quadragesimo Anno*. 1931. Disponível em: < https://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html >. Acesso em 17 nov. 2017.

Paulo VI. Constituição Pastoral *Gaudium et Spes*. 1965. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_po.html>. Acesso em 17 nov. 2017.

Paulo VI. Carta encíclica *Populorum Progressio*. 1967. Disponível em: < http://w2.vatican.va/content/paul-vi/es/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum.html#_ftn17 >. Acesso em 17 nov. 2017.

SOUZA, R. Apontamentos Sobre a Função Social da Propriedade no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito à Cidade**, vol.03, nº 02. ISSN 2317-7721. Rio de Janeiro: UFRJ, p. 226-244. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/9856>>. Acesso em 17 nov. 2017.





O “POLUIDOR PAGADOR” E CONTRADIÇÕES RELACIONADAS À TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL

Virgínia de Carvalho Leal¹

1 CARÁTER REPARADOR DA REGRA DO POLUIDOR-PAGADOR

Recorrente perceber em trabalhos publicados sob a temática da Tributação Ambiental apontar-se o poluidor pagador como fundamento da incidência tributária ecologia, que autoriza a cobrança de exações tributárias ambientais. Um dos objetivos do presente trabalho é enfrentar tais afirmativas, buscando aprofundá-las ou até mesmo desmistificá-las.

Não basta a preocupação em aplicar o Poluidor Pagador, mas aplicá-lo bem, já que muitas são as más interpretações e entendimentos precipitados que tomam o Poluidor Pagador como fundamento da quase totalidade das ações preservacionistas, entre as quais a tributação ambiental. É imprescindível um olhar mais cuidadoso para a referida questão.

O Poluidor Pagador, dentro da sua concepção econômica, como visto, procura *responsabilizar* o poluidor pelas externalidades produzidas a partir de atividades contaminantes, devendo suportar o custo das medidas tomadas pelo poder público para assegurar a preservação do meio ambiente. É como tirar o peso dos ‘ombros’ do Estado e transportá-lo à fonte causadora, chamando-a à responsabilidade (OCDE, 1992, p. 9), deslocando os gastos com a preservação ambiental do Estado ao poluidor.

No momento em que o Poluidor Pagador determina a exigência ao poluidor de um ‘preço’ pela sua poluição, permanece com o caráter repressor e reparador. É tido como um instrumento de proteção ambiental cujo efeito protetivo tem como pressuposto a efetiva

¹ Professora de Direito Ambiental na FDR/UFPE, AESO/FIBAM e FNR/FGV; Advogada e Consultora ambiental; Doutorado em Direito pela Universidade de León, Espanha e Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

ocorrência de um dano. Como reservar ao Poluidor Pagador a característica preventiva se atua após a verificação de externalidades?

Outra característica do Poluidor Pagador que merece destaque é que o princípio não deixa margem à discricionariedade, permanecendo o poluidor adstrito ao pagamento dos respectivos custos econômicos de sua poluição. Configurado o nexos de causalidade, o poluidor estaria vinculado à internalização do custo, consequência automática da poluição, não havendo outra margem de apreciação quanto à possibilidade de permitir que o poluidor não pague².

Em verdade, ao adotar este princípio, incorpora-se um novo fator no sistema econômico, porque os custos ambientais refletirão no preço dos bens e serviços produzidos, introduzindo o conceito do "passivo ambiental", através do qual as empresas embutirão em seus custos o valor monetário da degradação ambiental que causam, internalizando as externalidades ambientais negativas por elas produzidas, traduzidas nos gastos necessários à diminuição, eliminação ou neutralização dos danos. (DERANI, 2001, p. 158).

Então no momento em que o referido custo calculado é repassado ao consumidor, surge a necessidade de uma resposta positiva deste para que seja eficaz tal política. Em outras palavras: considerando que o consumidor prefira arcar com o preço embutido, deixa de haver qualquer repercussão, uma vez que a conduta danosa se perpetuará, mantendo-se a exploração dos recursos enquanto houver quem pague tal preço. Ou seja, pode tornar-se mais vantajoso pagar aquele preço a investir em medidas mais benéficas ao meio ambiente.

É o mesmo fenômeno que ocorre em relação às multas administrativas ou responsabilidades civis, que não passam de condutas requeridas a partir da regra do Poluidor Pagador. O raciocínio dos poluidores muitas vezes é que sairia muito mais caro

² Em relação à tributação ambiental, veremos que nem sempre funciona dessa maneira.



investir no procedimento limpo (preventivo), benéfico ao meio ambiente, do que arcar com as multas estabelecidas pelo Poder Público (repressivo).

Farta é a opinião doutrinária em defesa de que o Poluidor Pagador não se reduz a um princípio de responsabilidade, seja no âmbito civil ou penal³ ⁴. É irrefutável, todavia, que na aplicação do Poluidor Pagador os custos serão equivalentes à redução ou eliminação da poluição; ou equivalentes aos danos causados, por força do princípio da causalidade afeta ao princípio no que toca a responsabilidade civil.

Alguns critérios são apontados pela doutrina como norteadores da aplicação do Poluidor Pagador, entre os quais: a) periculosidade da atuação e as conseqüências que dela podem derivar; b) as vantagens que o poluidor teria com a poluição; c) a capacidade técnica de evitar a poluição. Indicam para os sujeitos e atividades submetidas às exigências de pagamento das externalidades⁵.

³ "Assim como o recuso, porventura mais avançado, á problemática financeira, o princípio do poluidor-pagador, entendido não como princípio de responsabilidade civil avançada, mas como princípio de tributação (...) que até tem já algum reflexo em diretivas Comunitárias recentes (...)" (ARAGÃO,1997, nota 224, p. 11; SOUSA FRANCO,nota 244)

⁴ " se o PPP se identificasse efetivamente com o princípio da causalidade na responsabilidade civil, os fins do PPP identificar-se-iam com as funções gerais da responsabilidade civil: reparadora, preventiva e sancionatória. Pelo contrário, entendemos que os fins do PPP se identificam com os fins próprio do Direito do Ambiente. Seguindo, neste ponto, Ramón Martín Mateo, realçamos, como características do direito do ambiente, a 'ênfase preventiva' e a 'vocação redistributiva'." (ARAGÃO, 1997, p. 115); Na mesma defesa, " Por outras palavras, o bem coletivo tem um custo. Esse custo ou é interiorizado, ou seja, é suportado como custo interno da própria iniciativa de produção, pelo agente cuja atividade - sendo positiva é produtiva e útil, não só para si como para a coletividade – gera o efeito – poluição; ou é suportado com base em critérios que são tributários, tais como os outros critérios de financiamento de bens coletivos. Por quem? Se não for pelos agentes poluidores, é pela coletividade; não há terceira alternativa; aquilo que os poluidores não suportam, suporta-o a coletividade. E suporta-o de uma de duas maneiras, necessariamente: ou porque o ambiente é degradado; ou porque para melhorar o ambiente alguém vai ter que pagar e são os contribuintes. (...) e o princípio do poluidor-pagador(...) é um princípio de tributação, não é um princípio de responsabilidade civil – mesmo alargada – ou pelo menos se puder ser um princípio de responsabilidade civil alargada, muito bem (não discuto isso), mas, é também um princípio de tributação e é como princípio da tributação que ele deve ser explorado." (SOUSA FRANCO,1994, p. 137-139; ARAGÃO, p. 146, nota 348; FAUCHALD, 1998, p. 17).

⁵ "É certo que o consumidor também é um poluidor indirecto, que beneficia de um produto cujo (sic) produção foi prejudicial para a sociedade, mas ele não tem ao seu alcance meios razoáveis para evitar a ocorrência do dano (...). Na realidade, enquanto o consumidor praticamente não tem outra alternativa para reduzir a poluição, senão deixar de consumir um determinado bem ou serviço, os produtores dispõem de soluções alternativas: podem utilizar técnicas de produção menos poluentes, mecanismos de controle da

2 O POLUIDOR PAGADOR E O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A nosso ver, o Poluidor Pagador assemelha-se sensivelmente ao princípio da responsabilidade civil por requerer o pagamento relativo a uma indenização pelos prejuízos causados pelo poluidor em decorrência de sua conduta. Assim, afasta-se o fundamento de uma tributação direcionada à proteção do meio ambiente⁶.

Segundo Herrera Molina (2000, p. 52),

O princípio 'quem contamina paga' não exige o estabelecimento de tributos ecológicos. Trata-se de um mero preceito de resultados, e isto se pode conseguir mediante medidas administrativas, de responsabilidade civil e outras regulações não tributárias.

Estabelece, pois, o referido autor a relação do Poluidor Pagador com as medidas diretas de proteção – civis e administrativas – ao mesmo tempo em faz a ressalva de que tal princípio apenas aconselharia a introdução do interesse ambiental no ordenamento tributário.

O autor, desta feita, é bastante feliz em sua ressalva, ao clarificar que não seria o ordenamento tributário que deveria adaptar-se à regra do poluidor pagador, mas que aquela poderia orientar – no que lhe fosse possível – instrumentalizar determinadas figuras à finalidade da preservação ambiental. Fácil concluir, portanto, a partir desse raciocínio,

poluição, alterar a composição dos produtos, etc." (ARAGÃO, 1997, p. 136). Ou então, pode-se optar pela implementação de políticas públicas alternativas (como a melhoria do sistema de transporte), sob a responsabilidade do Estado, mas financiado pelas próprias indústrias poluentes.

⁶ " Por outra parte, se produz uma simbiose entre o novo princípio (cujos contornos jurídicos são ainda difusos) e outras figuras de grande tradição jurídica. Isto sucede em particular com a responsabilidade civil por danos ambientais." (HERRERA MOLINA, 2000, p. 41) Este mesmo autor complementa a afirmação em rodapé dizendo que a responsabilidade civil por dano ambiental foi integrada ao conteúdo do princípio do poluidor pagador ao plasmar-se em normas jurídicas, estando originariamente desvinculado daquela. Nesta mesma linha, o Livro Verde sobre a reparação do dano ecológico preparado pela Comissão (14 de maio de 1993) considera que a responsabilidade civil por dano ambiental se apóia nos princípios do 'poluidor – pagador' e na ação preventiva [Livro Verde (COM (93) 47, de 14 de maio de 1993, p. 5], o que conduz ao raciocínio de que no PP não estaria presente a feição preventiva, mas apenas reparadora – por já haver ocorrido o dano.



que os instrumentos tributários postos à disposição de uma política ambiental, continuariam a ser regidos pelos princípios tributários, expressos na Constituição.

Por esse motivo, os tributos ambientais limitar-se-iam ao campo das condutas lícitas, nas quais a contaminação, apesar de tolerada, é indesejada. Da mesma forma no que concerne ao princípio da capacidade contributiva, em relação às figuras regidas por tal princípio.

O Poluidor Pagador é uma regra de imputação de responsabilidade distinta da distribuição dos gastos públicos com apoio à capacidade contributiva. O montante determinado para o pagamento de indenização calcada no Poluidor Pagador não é calculado em função da capacidade contributiva do sujeito poluidor, mas apenas em razão do dano ocorrido e da externalidade provocada por sua conduta. – ou seja, da conduta lesiva.

Nessa óptica, a figura tributária que maior similitude teria com aquela regra seria a taxa, pautada no princípio da equivalência, visando a compensar gastos administrativos⁷.

Sempre que se fala do princípio da responsabilidade ambiental, reporta-se a doutrina diretamente ao Poluidor Pagador, como expressamente o fez Paulo de Bessa (2001, p.31, nota 55):

A responsabilização dos poluidores foi inicialmente estabelecida no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) através da Recomendação C (72), 128, de 28 de maio de 1972, que instituiu o princípio “poluidor pagador”.

⁷ Ainda tentando estabelecer as similitudes e diferenças entre o PP e os princípios tributários, afirma Herrera que o princípio do causante (assim denominado na Alemanha) – igual que o da capacidade econômica – baseia-se em critérios de justiça social. A explicação radica em que os princípios da capacidade econômica e PP constituem suas respectivas projeções do princípio da solidariedade sobre duas matérias diversas: o primeiro atende a repartição das cargas públicas para satisfazer o interesse genal, o segundo ao uso dos bens ambientais vulneráveis e escassos, que as gerações futuras têm direito a desfrutar

Partindo do raciocínio de Herrera Molina (2000, p. 145), afirma que a Constituição Espanhola não obriga a estabelecer os tributos ambientais, mas impõe aos particulares um dever de conservação ambiental, o que significaria que todos os custos de proteção ambiental deveriam ser assumidos a princípio por aqueles que realizam atividades contaminantes. Olhando para a nossa Constituição, poderíamos, nessa base, afirmar que no momento em que assinala que a defesa e preservação ambiental são deveres do Poder Público e da coletividade, poderia estar a autorizar não só a criação ou instrumentalização tributária ambiental, mas também a política dos subsídios e incentivos fiscais como carga que o Estado deve suportar.

3 POLUIDOR PAGADOR, BENEFÍCIOS FISCAIS E REDUÇÕES TRIBUTÁRIAS

No que tange à regra do Poluidor Pagador, é uníssono na doutrina entender que esta exclui as ajudas públicas e quaisquer benefícios fiscais. Os defensores do Poluidor Pagador como fundamento da tributação ambiental colocam-no contrário a políticas preventivas, baseadas em subsídios e ajudas estatais como não adequadas a ele, entendendo que os custos das condutas danosas devem ser revertidos ao poluidor e jamais este receber incentivos ou estímulos financeiros em troca de medidas necessárias à eliminação da poluição ou a sua redução a um nível tolerável. (VAQUERA GARCIA; 1999, nota 244). Concordamos com os argumentos. Neste caso, apenas reitera a tese de que o fundamento de uma política fiscal e tributária ambiental não estaria na referida regra.

Se o cerne daquela é fazer com que o poluidor arque com os prejuízos causados ao meio ambiente, ou seja, internalizando em seus custos as externalidades ambientais, então não haveria que falar em dar incentivos fiscais a esses poluidores, negando propriamente a lógica do Poluidor Pagador.

Este raciocínio pode estar acertado entendendo o Poluidor Pagador como regra de responsabilidade civil que, através do nexo de causalidade, imputa ao autor de uma conduta danosa o pagamento da uma quantia referente à indenização do dano causado, e não um incentivo financeiro.



Entretanto, utilizar-se de benefícios fiscais e reduções tributárias pode tornar mais vantajoso e mais barato investir em uma produção limpa⁸⁸ do que arcar com os custos de multas ou reparações ambientais. Partindo do entendimento de “evitar” uma determinada lesão, prende-se à adoção de medidas de precaução, ou seja, antes mesmo de ao menos haver previsão de risco, provas científicas, dúvidas sobre a necessidade de ação (atividades perigosas).

Em conclusão, as medidas de preservação, que trabalhem sob o princípio da precaução não devem buscar a reparação do dano causado com o pagamento de um montante proporcional àquele – por serem medidas anteriores à ocorrência ou mesmo previsão de qualquer dano ambiental. Devem, sim, ser proporcionais ao custo da própria prevenção, buscando alcançar objetivos de qualidade do ambiente, corrigindo as condutas inadequadas.

Mais correto seria falar em instrumentos tendencialmente repressivos ou tendencialmente preventivos, já que os instrumentos repressivos têm algum efeito preventivo⁹.

⁸ “ Nomeadamente em relação aos resíduos, é mais barato prevenir do que remediar , pois os resíduos industriais obrigatoriamente devem ser colocados em aterros controlados, cuja taxa de utilização por tonelada de resíduos é extremamente dispendiosa, pelo que os industriais se começam a perceber de que é menos dispendioso e até lucrativo a médio prazo, investir em alterações ao processo produtivo que permitam a redução de efluentes (emissão e resíduos) ou a sua reciclagem ou reutilização (raciocínio do tipo RRR: reduzir, reutilizar, reciclar)” (VAQUERA GARCIA, 1999, Nota 267). A partir desse entendimento, torna-se mais evidente de que maneira a tributação de resíduos, ou de condutas poluentes pode vir a transformar a conduta dos agentes no sentido de evitar a produção de poluição e a busca de uma alternativa mais limpa e mais rentável.

⁹ O que tradicionalmente se denomina regulamentação direta são as disposição normativas, legal ou administrativa; regulamentando “o se e o como do exercício da atividade poluente”, permissivas e proibitivas “Uma crítica pertinente à fixação de níveis de qualidade do ambiente é a ilusão que criam de que até um certo nível de poluição, não há qualquer inconveniente em poluir; e a partir desse ponto, a poluição é já considerada relevante ou até grave, podendo o poluidor estar sujeito a sanções de ordem jurídica. Natura non facit saltus, e a ‘sensibilidade’ da natureza aos agentes poluentes é progressiva, sendo artificiais quaisquer escalões de nocividade que se pretendam estabelecer” Vaquera Garcia, 1999, p.78)

No Brasil, embora o legislador não tenha consagrado expressamente o Poluidor Pagador, certo é que se observa um evidente afloramento deste princípio no art. 4º inciso VII da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, ao prever a “imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados”¹⁰.

Além disso, vários outros diplomas legais, como a Lei da Ação Civil Pública¹¹ e a própria Constituição Federal¹², reconhecem, na prática, primado do “poluidor-pagador”, identificando-o também com a responsabilidade civil, já que exclui o caráter sancionatório¹³.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa: **Direito Ambiental**, 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. **O princípio do poluidor-pagador**. Coimbra: Coimbra, 1997.

ÁVILA, Humbeto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARDE, Jean-Philippe. **Économie et politique de l’environnement**. 2^é ed. Paris : PUF, 1992.

BENJAMIN, Antonio Herman V. O princípio Poluidor-Pagador e a Reparação do Dano ambiental. In BENJAMIN, Antonio Herman V. (coord.). **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BOKOBO MOICHE, Susana : **Gravámenes e Incentivos Fiscales Ambientales**. Civitas Ediciones: Madrid, 2000.

¹⁰ Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981.

¹¹ Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

¹² Especificamente no caput do art. 225, quando coloca também para a coletividade a responsabilidade de preservar o meio ambiente (“...impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo...”), e em seu parágrafo segundo, obrigando os poluidores a recuperar o meio degradado (art 225; §2º: “Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado...”).

¹³ No dizer de Cristiane Derani (2001, p. 164), “o princípio do poluidor-pagador, embutido na legislação ambiental, necessariamente se fará presente nas políticas públicas, implementadas com base em tais instrumentos legais. (...) A realização desta diretriz do poluidor-pagador é um fator necessário para a efetivação do direito constitucional a um meio ambiente ecologicamente equilibrado” .. Cf. também (FAUCHALD, 1998, p.16)



COASE, Ronald. **Le Coût du Droit**. Paris : PUF, 1998.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum**. Rio de Janeiro: FGV, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. **Proteção Jurídica do Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAUCHALD, Olé Kristian. **Environmental Taxes and Trade Discrimination**. London: Kluwer Law International, 1998.

FERNÁNDEZ, Jorge J. **El tributo como instrumento de protección ambiental**. Granada: Comares, 1998.

TUPIASSU, Lise Vieira. **Tributação Ambiental**. Belém: Pará. Dissertação (Mestrado). Curso de Pós-graduação stricto sensu em Direito. Universidade Federal de Pará – UFPA, 003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Princípios gerais de direito ambiental internacional e a política ambiental brasileira. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. (coord.). **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. Malheiros: São Paulo, 2001.

MATEO, **Tratado de Derecho Ambiental**, Vol. 1. Madrid: Trivium, 1991.

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Coimbra; Coimbra, 2000.

MIRRA, Alvaro Luiz Valery. Direito ambiental. O princípio da precaução e sua aplicação judicial. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 6 , n.21, p. 92-102, jan./mar. 2001.

HERRERA MOLINA, Pedro M. **Derecho tributário ambiental**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NUSDEO, Fabio. Desenvolvimento e ecologia. **Justitia**, São Paulo, v. 47, n.128, p. 52-9, jan./mar. 1985.

ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES - OCDE. **Instruments économiques pour la protection de l'environnement**. Paris, 1989.

_____. **Le Principe Pollueur-payeur: analyses et recommandations**. Paris: 1992.

_____. **La fiscalidad y el medio ambiente**. Madrid: Mundi Prensa, 1994.

ROSEMBUJ, Tulio. **Los tributos y la protección del medio ambiente**. Madrid: Marcial Pons, 1995.

SEROA DA MOTTA, Ronaldo; OLIVEIRA, José Marcos Domingues de; MARGULIS, Sérgio. **Proposta de Tributação ambiental na atual Reforma Tributária brasileira**. Rio de Janeiro: IPEA, 2000. Texto para discussão n° 738.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 2ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1995.

SOARES, Cláudia Dias. **O imposto ambiental: direito fiscal do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. Claudia Dias. O contribuinte de direito e o contribuinte de facto do imposto ecológico. **Revista Tributaria e de Finanças Publicas**, São Paulo, v. 8, n.35, p. 24-47, set./out. 2000.

VAQUERA GARCIA, Antônio: **Fiscalidad y medio ambiente**. Lex Nove: Valladolid, 1999.





PERSPECTIVAS JURÍDICAS DA SUSTENTABILIDADE NA LEI DA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS

Verônica Maria Bezerra Guimarães¹

1 INTRODUÇÃO

O Direito Ambiental brasileiro adotou os termos: desenvolvimento sustentável, sustentabilidade, uso sustentável, princípio do desenvolvimento sustentável, dentre outros congêneres, massivamente nos textos legais e na jurisprudência produzida após o advento da Constituição de 1988, sendo esta a primeira que incorporou um capítulo específico sobre meio ambiente no seu texto, além de vários outros dispositivos, com matéria ambiental, espalhados ao longo do seu corpo.

O presente trabalho é fruto de estudos realizados no âmbito de um projeto de pesquisa intitulado: Percepções da Sustentabilidade no Direito Ambiental Brasileiro, situado no grupo de pesquisa: Ecofenomenologia, Ciência da Sustentabilidade e Direito. A pesquisa tem por objeto investigar as percepções de sustentabilidade no Direito Ambiental brasileiro pós-Constituição Federal de 1988, por via de legislações federais, jurisprudência dos tribunais Superiores e de estudos de casos regionalizados.

Este artigo tem como foco a análise da ideia de sustentabilidade na Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos - lei 12.305/10. Para tal, foram levantadas algumas das principais ideias sobre a sustentabilidade e, sua, posterior, identificação na referida lei. A lei 12.305/10 teve seu conteúdo analisado através da identificação do uso do termo desenvolvimento sustentável e outros similares de modo a contribuir para o amadurecimento de uma teoria da sustentabilidade numa perspectiva jurídica.

¹ Mestre em Direito Público pela UFPE. Doutora em Desenvolvimento Sustentável pela UnB. Professora Adjunta na UFGD.

2 A CONSTRUÇÃO DO DISCURSO DA SUSTENTABILIDADE

O termo ecodesenvolvimento foi proposto por Maurice Strong e aprofundado por Ignacy Sachs², mas paulatinamente foi sendo substituído pela expressão desenvolvimento sustentável que passou a ser utilizada em documentos internacionais ligados a atividades do PNUMA. A definição institucional mais adotada é a da proposta da CMMAD, conhecida como comissão Brundtland que em 1987, no seu relatório chamado de Nosso Futuro Comum, fixa o desenvolvimento sustentável como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade das gerações futuras de atenderem as suas próprias necessidades” (BARBIERI, 2000, p. 23). Por ocasião da CNUMAD, conhecida como Rio ou Eco/92, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, incorporou no seu texto o termo desenvolvimento sustentável.

Sachs (2008, p. 85-8) identifica vários critérios de sustentabilidade, são eles: social; cultural; ecológico; ambiental; territorial; econômico e político (nacional e internacional). Três destas dimensões ficaram discursivamente mais populares e passaram a formar o modelo do tripé da sustentabilidade. As dimensões foram adjetivadas e para se alcançar a sustentabilidade, o desenvolvimento deveria ser harmonicamente: socialmente justo, economicamente viável e ecologicamente correto. Se isto ocorrer, teremos uma sustentabilidade forte; caso contrário, a sustentabilidade será fraca, pois, um dos tripés

² Sachs em 1972 estava engajado na preparação da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente, em Estocolmo, em que duas posições ficaram muito evidentes: a dos partidários do crescimento selvagem e a dos diferentes partidários do crescimento demográfico zero. De acordo com o seu balanço, esse primeiro encontro mundial promovido pela ONU para tratar desse tema foi fundamental para a articulação do social, do meio ambiente e do econômico, além de, a partir dela, ter sido criado o PNUMA. O secretário-geral da conferência, Maurice Strong, lançou o termo “ecodesenvolvimento”. Nos anos seguintes, Sachs conduziu uma missão das Nações Unidas sobre uma estratégia de longo prazo para a Amazônia peruana, onde foi produzido seu primeiro texto sobre ecodesenvolvimento; participou do colóquio de Cocoyoc, no México em 1974, onde a discussão sobre subdesenvolvimento implicava em parar o sobredesenvolvimento dos ricos, o que gerou uma má apreciação da palavra ecodesenvolvimento e uma substituição progressiva por desenvolvimento sustentável (SACHS, 2009, p. 230-247).



estará mais em evidência que o outro, geralmente, o econômico, formando o que alguns autores chamam de esquema Mickey Mouse³.

Para além das três consagradas dimensões do desenvolvimento sustentável: econômica, ambiental e social; existem muitas faces que nem sempre são colocadas abertamente nos processos decisórios sobre atividades e empreendimentos que causam profundas transformações nos territórios urbanos ou rurais. Como lembra Pinheiro do Nascimento (2012a, p. 51) o desenvolvimento sustentável:

se tornou um campo de disputa, no sentido utilizado por Bourdieu, com múltiplos discursos que ora se opõem, ora se complementam. O domínio da polissemia é a expressão maior desse campo de forças, que passa a condicionar posições e medidas de governos, empresários, políticos, movimentos sociais e organismos multilaterais.

O campo interdisciplinar da sustentabilidade possui regras próprias, regularidades, agentes identificáveis e formas exclusivas. A noção de campo, que também é um espaço de luta no microcosmo do macrocosmo social, reside em um jogo com regras que seguem e mudam conforme os atores agem nas suas relações sociais. No campo específico da sustentabilidade há diversos agentes com diferentes saberes e práticas que se unem em torno da “preocupação com o futuro da humanidade”, cujas concepções, muitas vezes, são diversas e contraditórias.

A ideia de ameaça à humanidade permite quatro leituras, que vão da mais radical a moderada: a) a de que a Terra estaria ameaçada pelo aquecimento global; b) a de que a vida estaria ameaçada pelo aquecimento global e pela destruição dos recursos naturais; c) a de que o gênero humano seria extinto pelo aquecimento global e outros fatores; d) a da degradação das condições de vida de grande parte da humanidade por fatores ambientais, sociais e econômicos. Para enfrentar essas ameaças, Pinheiro do Nascimento (2012b) sistematiza três correntes de pensamento: a) a de que o desenvolvimento econômico traz bem-estar e as inovações tecnológicas irão utilizar menos recursos e energia, representada

³ Vide BURSZTYN, BURSZTYN (2012, p. 51-2) para a visualização destes esquemas.



por R. Solow; b) a de que o atual modelo de desenvolvimento é autodestrutivo, por isso, propõe-se um decrescimento com a construção de novos valores, representada pelo relatório do Clube de Roma, por N. Georgescu-Roegen e Serge Latouche; c) a do desenvolvimento sustentável, corrente hegemônica, sintetizada pelo Relatório Brundtland.

Diversos setores econômicos incorporaram nas últimas duas décadas discursos de sustentabilidade para atender, em grande medida, as necessidades de financiamento, do cumprimento de normas e as novas exigências consumistas. Valendo-se da abertura semântica do conceito normativo de desenvolvimento sustentável, estabelecido no Relatório Brundtland, a sua apropriação, em grande medida, tem ocorrido de modo vago e banalizado.

O desenvolvimento sustentável, conforme análise de Hannigan (2009, p. 61) situa-se num âmbito do discurso como “categoria mais geral da produção linguística e abrange um número de outras táticas e métodos incluindo a narrativa (escrita e oral) e a retórica”. Neste sentido, é perspicaz a discussão do “*free-rider* discursivo”, com base na lógica da ação coletiva de M. Olson, em que Bursztyn e Ferraz da Fonseca fazem ao analisarem a teoria e a prática dos discursos de sustentabilidade.

O “*free-rider* discursivo” (aplicado à questão ambiental) é aquele que, ao manifestar apoio discursivo ao desenvolvimento sustentável, desfruta dos benefícios de ser “ecologicamente correto” sem de fato sê-lo; ou seja, é aquele que se apropria dos bens simbólicos sem que essa adesão discursiva tenha respaldo na prática, que continua sendo guiada por interesses individuais. (BURSZTYN, FERRAZ DA FONSECA, 2007, p. 181).

As críticas ao desenvolvimento sustentável, mesmo com a sua consolidação discursiva, surgem no contexto em que se verifica a ampliação da degradação ambiental, principalmente pela diminuição da biodiversidade e pelo aumento das emissões de CO² e do hiperconsumo. Surgem outras abordagens ou releituras de análises pretéritas em que questões éticas e de justiça se entrelaçam com a questão ambiental. Mas o mágico-espiritual ainda é uma dimensão ignorada no discurso e práticas ditas sustentáveis.



Dentre as diversas abordagens, destaca-se uma que está centrada no desenvolvimento visto como um processo de expansão das liberdades substantivas das pessoas. Isto requer uma compreensão integrada das instituições e dos seus valores para alcançar o desenvolvimento como liberdade de acordo com a proposta de Sen (2000). Seu enfoque nas liberdades humanas⁴ contrasta com visões mais restritas de desenvolvimento, como àquelas que o identificam com crescimento meramente econômico, por exemplo, o PNB, porque as liberdades dependem de outros fatores, como os direitos civis, sociais e econômicos.

Daly, um dos economistas mais críticos tanto da economia convencional quanto do desenvolvimento sustentável, defende a ideia de que o termo desenvolvimento sustentável muito usado como um sinônimo para o oxímoro crescimento sustentável, só faz sentido para a economia se for entendido como desenvolvimento sem crescimento⁵, ou seja, “a melhoria qualitativa de uma base econômica física que é mantida num estado estacionário pelo transumo de matéria-energia que está dentro das capacidades regenerativas e assimilativas do ecossistema” (DALY, 2004, p. 198).

Neste contexto, é emblemática a obra de Karl Polanyi (2000) que trata da formação do processo da economia de mercado autorregulável dissociado das transformações sociais, que atingiram a sua plenitude no século XIX, baseada em estudos da Revolução Industrial e de suas consequências na civilização moderna. A crença no progresso econômico relegou os acontecimentos sociais a um plano inferior, gerando grandes desarticulações.

⁴ Para Sen (2000), há duas razões pelas quais a liberdade é central para o processo de desenvolvimento: a avaliatória (a avaliação do progresso tem que ser feita verificando-se se houve aumento da liberdade das pessoas) e a da eficácia (a realização do desenvolvimento depende inteiramente da livre condição de agente das pessoas).

⁵ Para Daly (2004, p. 198), “crescer significa “aumentar naturalmente em tamanho pela adição de material através de assimilação ou acréscimo”. Desenvolver-se significa: “expandir ou realizar os potenciais de; trazer gradualmente a um estado mais completo, maior ou melhor”. “Quando algo cresce fica maior. Quando algo se desenvolve torna-se diferente. O ecossistema terrestre desenvolve-se (evolui) mas não cresce. Seu subsistema, a economia, deve finalmente parar de crescer mas pode continuar a se desenvolver”.



Nas duas grandes guerras ocorreram crises no sistema econômico internacional. As transformações ocorreram na terra, no trabalho e no dinheiro, na medida em que passaram a ser mercadorias numa sociedade que se industrializava cada vez mais dependente de leis como oferta e procura em esferas interligadas de comércio. Segundo Polanyi (2000, p. 107): “o pauperismo fixou a atenção no fato incompreensível de que a pobreza parecia acompanhar a abundância”.

O contramovimento ao liberalismo econômico deu origem ao princípio da proteção social, que visou preservar o homem (com sua mão-de-obra colocada à venda pelo salário) e a natureza (entendida como terra regulada pelo mercado), bem como apoiar as classes trabalhadoras e fundiárias na sua organização produtiva. Isto gerou o desenvolvimento de algumas normas protetivas ao trabalhador e ao meio ambiente. O sistema econômico do estado liberal difere significativamente da economia das chamadas sociedades primitivas, em que a reciprocidade, a redistribuição e a domesticidade da produção para uso próprio são as suas características marcantes.

As discussões sobre sistemas econômicos e ecologia política caminham juntas. Com diferentes nuances, há certo consenso de que os sistemas econômicos hegemônicos aprofundaram a crise ecológica contemporânea a partir da Revolução Industrial. Nas abordagens sobre a relação entre comunismo e natureza há basicamente duas posições sobre a compatibilidade do pensamento de Marx⁶ com a ecologia moderna: a) não há

⁶ Para Löwy (2005, p. 37-8): “Não resta dúvida de que falta a Marx e Engels uma perspectiva ecológica de conjunto. Por outro lado, é impossível pensar em uma ecologia crítica à altura dos desafios contemporâneos sem ter em conta a crítica marxiana da economia política, o questionamento da lógica destrutiva induzida pela acumulação limitada de capital. Uma ecologia que ignora ou negligencia o marxismo e sua crítica do fetichismo da mercadoria está condenada a não ser mais do que uma correção dos “excessos” do produtivismo capitalista”. Foster (2011) é mais enfático ao identificar as preocupações ecológicas em Marx. Para este autor, “desde o princípio, a noção de Marx da alienação do trabalho humano esteve conectada a uma compreensão da alienação dos seres humanos em relação à natureza” (FOSTER, 2011, p. 23). Ele reconhece que descobriu a ideia de que: “foi a investigação sistemática da obra do grande químico agrícola alemão Justus von Liebig, partindo da sua crítica do malthusianismo, que levou Marx ao seu conceito central da “falha metabólica” na relação humana com a natureza – sua análise madura da alienação da natureza” (FOSTER, 2011, p. 10).



como extrair um pensamento ecológico da teoria marxista; b) há como fazer uma análise ecológica através da crítica ao capitalismo em Marx.

De toda forma, a exploração desenfreada da natureza, vista como recurso, é uma tônica do processo de industrialização, não sendo uma característica identificada apenas ao capitalismo. Como lembra Bursztyn e Bursztyn (2012, p. 76): “os países do bloco soviético, que durante várias décadas ao longo do século XX implantaram sistemas de produção e de infraestrutura segundo princípios socialistas também protagonizaram grandes desequilíbrios ecológicos”.

Uma construção teórica que tem ganhado um maior nível de discussão na academia de vários países e, que aos poucos tenta se inserir na representação da pauta política é a ideia de decrescimento. Segundo Latouche (2009), um dos seus precursores, é necessário observar que existem diversos níveis de decrescimento a serem aplicados segundo o modelo de desenvolvimento de cada país. Neste contexto, quem deve decrescer são as populações de alta renda, que existem tanto nos chamados países mais desenvolvidos como nos menos desenvolvidos. Essa ideia vai além dos modelos economicistas, por isso, é considerada como uma alternativa aos modelos tradicionais de crescimento e desenvolvimento. É voltada para o respeito aos limites ecológicos do planeta, de modo que os recursos naturais sejam usufruídos de modo mais equânime pela sociedade mundial.

A ideia de uma outra sustentabilidade ou uma sustentabilidade substantiva, sem adjetivos faz parte do contexto de críticas sobre o debate do desenvolvimento sustentável. Neste sentido, muitos foram os documentos internacionais produzidos sobre meio ambiente e desenvolvimento sustentável, mas dentre eles, um se destina a pensar a terra como uma comunidade de vida na diversidade, destacando-se por seu caráter ontológico e existencialista. Em dezesseis princípios, a Carta da Terra aprovada em 2000 pela UNESCO,



trata do respeito e do cuidado⁷ com a comunidade da vida; da integridade ecológica; da justiça social e econômica; da democracia; da não-violência e da paz. Nela, há um reconhecimento dos fortes processos de degradação da Terra, daí a necessidade de um “novo começo”, mas para isto ocorrer é imperioso transformar mentes e corações para criar um modo sustentável de vida com responsabilidade em todos os níveis, do local ao global.

Há uma diferença de origem e de uso para os termos sustentabilidade e desenvolvimento sustentável. Boff (2012b, p.31-3) traça um caminho da sustentabilidade desde seu significado etimológico, proveniente da palavra latina *sustentare*, que significa sustentar; passando por seu significado em dicionários: destacando um sentido passivo, como suportar ou segurar por baixo e, um sentido ativo, como conservar, proteger e viver; até o seu primeiro registro na Alemanha, em 1569, empregado na silvicultura para o manejo de florestas. Já desenvolvimento sustentável, como visto, passou a ser empregado institucionalmente a partir do Relatório Nosso Futuro Comum ou Brundtland, em 1987 pelo PNUMA. A partir daí os documentos da ONU, dos governos nacionais, das empresas, das ONG's e da mídia passaram a adotar esta designação.

Também foram muitos os adjetivos dados à concepção de sustentabilidade⁸. Ao criticar os atuais modelos de sustentabilidade, Boff (2012b) identifica o modelo-padrão de sustentabilidade ao de uma sustentabilidade retórica; o modelo do neocapitalismo a ausência de sustentabilidade; o modelo do capitalismo natural a uma sustentabilidade enganosa; o modelo da economia verde a sustentabilidade fraca e o modelo do ecossocialismo a sustentabilidade insuficiente. E, aponta alguns caminhos de esperança ao vislumbrar o modelo do ecodesenvolvimento de Sachs e a bioeconomia de Georgescu-

⁷ Segundo Boff (2012a, p. 22-9) a palavra cuidado vem do latim *cura*, significando cuidar e tratar. Refere-se a um sentimento de mútua pertença, ou seja, cuidar e ser cuidado. Seu uso foi primeiramente aplicado na área de saúde, depois na educação, passando pela filosofia e teologia, constituindo uma discussão ecológica central na Carta da Terra. Para conhecer os quatro sentidos de cuidado, vide BOFF (2012a, p. 34-7).

⁸ Para uma revisão dos adjetivos e predicados atribuídos a noção de desenvolvimento, vide: BARRETO FILHO (2006).



Roegen como sendo a sustentabilidade possível; o modelo da economia solidária como sendo a microssustentabilidade viável e o bem-viver dos povos andinos como a sustentabilidade desejada.

A proposta de Boff (2012b) é de uma sustentabilidade integradora que leve em consideração pressupostos cosmológicos e antropológicos, tendo como componente o cuidado essencial com a Terra, valorizando a sua dimensão espiritual, bem como a do universo e do ser humano. Independentemente da concepção que se tenha de sustentabilidade, a ideia motora é que:

Não é correto, não é justo nem ético que, ao buscarmos os meios para a nossa subsistência, dilapidemos a natureza, destruamos biomas, envenenemos os solos, contaminemos as águas, poluamos os ares e destruamos o sutil equilíbrio do Sistema Terra e do Sistema Vida. Não é tolerável eticamente que sociedades particulares vivam à custa de outras sociedades ou de outras regiões, nem que a sociedade humana atual viva subtraindo das futuras gerações os meios necessários para poderem viver decendentemente (BOFF, 2012b, p. 64-5).

Na visão de sustentabilidade de Boff, destaca-se a ética do cuidado e o princípio da prevenção e da precaução. A definição integradora de sustentabilidade de Boff pretende ser holística, sistêmica, eco e biocêntrica e, resulta na compreensão de que é:

Toda ação destinada a manter as condições energéticas, informacionais, físico-químicas que sustentam todos os seres, especialmente a Terra viva, a comunidade de vida e a vida humana, visando sua continuidade e ainda atender as necessidades da geração presente e das futuras, de tal forma que o capital natural seja mantido e enriquecido em sua capacidade de regeneração, reprodução e coevolução (BOFF, 2012b, p. 107).

Mas como criar sustentabilidade em um mundo insustentável? As desigualdades no campo econômico e social também se estendem ao campo ambiental, ampliando as injustiças e aprofundando as crises. Neste contexto, a busca por modelos torna-se uma tônica, em que os modelos indígenas (que também tem suas crises, pois, passam e passaram por diversos processos de colonização e de relações interétnicas) são considerados por parte de muitos autores e movimentos ecológicos como inspiradores e detentores de saberes e de sensibilidades; de relações mais profundas, sábias e holísticas



com a terra. E, de certa forma, representam a busca de uma essência perdida, esquecida ou subjugada pelos modelos econômicos dos quais somos herdeiros.

3 A SUSTENTABILIDADE NA LEI DA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS

O termo desenvolvimento sustentável foi colocado de modo explícito na lei 12.305/10 como um princípio da política nacional de resíduos sólidos, no art. 6º, IV. O tema remete a questões que envolvem produção e consumo conscientes e sustentáveis. Neste sentido há algumas referências, como: a definição do art. 3º, XIII sobre padrões sustentáveis de produção e consumo, como sendo a “produção e consumo de bens e serviços de forma a atender as necessidades das atuais gerações e permitir melhores condições de vida, sem comprometer a qualidade ambiental e o atendimento das necessidades das gerações futuras”. Bem como os objetivos da política nacional de resíduos sólidos, no art. 7º, III, sobre o estímulo à adoção de padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços; no inciso X, sobre a sustentabilidade operacional e financeira dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos. No inciso XI, b, sobre a prioridade de bens, serviços e obras que consideram critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis nas aquisições e contratações governamentais. E, o estímulo à rotulagem ambiental e ao consumo sustentável, no inciso XV.

Na seção destinada à responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, foram fixados como objetivos em que aparece o termo sustentabilidade o artigo 30, parágrafo único, I, IV e VI, respectivamente: “compatibilizar interesses entre os agentes econômicos e sociais e os processos de gestão empresarial e mercadológica com os de gestão ambiental, desenvolvendo estratégias sustentáveis”; “incentivar a utilização de insumos de menos agressividade ao meio ambiente e de maior sustentabilidade” e “propiciar que as atividades produtivas alcancem eficiência e sustentabilidade”. Em todos



estes dispositivos citados encontra-se explícito o termo desenvolvimento sustentável ou sustentabilidade.

Como o tema evoca a política dos três “erres”, ou seja, redução do consumo, reutilização de objetos e reciclagem, observa-se direta ou indiretamente referências a estes termos no decorrer no texto legal. Assim como referências ao direito das presentes e futuras gerações, remontando ao conteúdo da sustentabilidade. Serge Latouche (2009) amplia o leque interpretativo dos “erres” através de um círculo virtuoso do decrescimento sereno, composto por vários “erres”, como: reavaliar os valores; reconceituar a riqueza e a pobreza; reestruturar o aparelho produtivo e as relações sociais; redistribuir a riqueza e o acesso ao patrimônio natural entre Norte e Sul, dentro de cada sociedade, classes, gerações e indivíduos; relocalizar os produtos necessários à satisfação da população; reduzir o consumo excessivo e o desperdício; reutilizar e reciclar.

A ideia de decrescimento quebra com velhos paradigmas do consumo, do trabalho e das demais relações sociais. É voltada para o respeito aos limites ecológicos do planeta, de modo a que os recursos naturais sejam usufruídos de modo mais equânime pela sociedade mundial. Rediscute as condições para se alcançar a felicidade, o bem estar e outros valores que não dependem exclusivamente do crescimento econômico. Põe em destaque a importância de atividades que não são monetarizadas, logo não são computadas pelo PIB, mas que desempenham um papel relevantíssimo na vida das famílias e das sociedades.

As questões de produção e consumo são centrais para se pensar na aplicação de qualquer norma regulamentadora de resíduos sólidos. Por isso, são preciosas as lições de Bauman ao refletir sobre o consumismo, a sociedade de consumidores e a cultura consumista. Além de profundos impactos sobre o meio ambiente, o consumismo é um excesso e um desperdício econômico, sendo por isso “uma economia do engano. Ele aponta na irracionalidade dos consumidores, e não em suas estimativas sóbrias e bem informadas; estimula emoções consumistas e não cultiva a razão” (BAUMAN, 2008, p. 65).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O discurso de sustentabilidade precisa sair da fragmentação, do senso comum, da fala midiática e vazia para a construção de consensos visando intervenções práticas. E para tal, é necessário encarar as contradições do sistema econômico hegemônico propondo inovações e caminhos de transição para uma economia e sociedade ecológica e sustentável.

A incorporação do polissêmico termo “sustentabilidade” no Direito Ambiental brasileiro une-se a um quadro de baixa efetividade em contextos atuais de drásticas ampliações de “problemas” e “crises” ambientais. A sustentabilidade depreendida das diversas normas jurídicas, inclusive da lei 12.305/10, precisa de aperfeiçoamentos visando à articulação entre os diversos microssistemas para fortalecer e dar coerência interdisciplinar ao sistema jurídico-ambiental.

A sustentabilidade normativa precisa equilibrar-se com suas demais dimensões, ou seja, propor mudanças para uma economia de transição do atual modelo hegemônico capitalista para uma economia ecológica; reduzir as desigualdades sociais e avançar com a proteção ambiental, impedindo o avanço de processos destrutivos da natureza.

Teoricamente é relevante construir consensos jurídicos sobre o modelo de sustentabilidade positivado nas diversas normas jurídicas que dialogam com a lei da política nacional de resíduos sólidos. Entende-se necessário investigar mais profundamente a utilização do desenvolvimento sustentável na construção do Direito Ambiental brasileiro para promover um modelo de sustentabilidade forte, que incorpore a matriz biocêntrica, levando em consideração os ciclos de vida e regeneração de ecossistemas e biomas e de todas as formas de vida.

REFERÊNCIAS

BARBIERI, José Carlos. **Desenvolvimento e meio ambiente: as estratégias de mudanças da Agenda 21**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.



BARRETO FILHO, Henyo Trindade. Os predicados do desenvolvimento e a noção de autoctonia. **Tellus**, Campo Grande/MS, a. 6, n. 10, p. 11-21, abril 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro, Zahar, 2008.

BOFF, Leonardo. **Saber cuidar**: ética do humano, compaixão pela terra. 18. ed. Petrópolis: Vozes: 2012a.

_____. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. Petrópolis: Vozes: 2012b.

BURSZTYN, Marcel, FERRAZ DA FONSECA, Igor. Mercadores de moralidade: a retórica ambientalista e a prática do desenvolvimento sustentável. **Ambiente & Sociedade**, Campinas/SP, v. X, n. 2, p. 169-186, jul.-dez. 2007.

BURSZTYN, Marcel, BURSZTYN, Maria Augusta. **Fundamentos de política e gestão ambiental**: os caminhos do desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.

DALY, Herman E. Crescimento sustentável? Não, obrigado. **Ambiente & Sociedade**, Campinas/SP, v. VII, n. 2, p. 197-201, jul.-dez. 2004.

FOSTER, John Bellamy. **A ecologia de Marx**: materialismo e natureza. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

HANNIGAN, John. **Sociologia ambiental**. Petrópolis: Vozes, 2009.

LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LÖWY, Michael. **Ecologia e socialismo**. São Paulo: Cortez, 2005.

PINHEIRO DO NASCIMENTO, Elimar. Trajetória da sustentabilidade: do ambiental ao social, do social ao econômico. **Estudos avançados**, São Paulo, v. 26, n. 74, 2012a.

_____. Sustentabilidade: o campo de disputa de nosso futuro civilizacional. In: LÉNA, Philippe, PINHEIRO DO NASCIMENTO, Elimar (orgs.). **Enfrentando os limites do crescimento**: sustentabilidade, decrescimento e prosperidade. Rio de Janeiro: Garamond, 2012b.

POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens da nossa época. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

_____. **A terceira margem**: em busca do ecodesenvolvimento. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

.....

FILOSOFIA DO DIREITO





A INSOLUBILIDADE DO PROBLEMA DO CONCEITO DO DIREITO

Ítalo José da Silva Oliveira¹

1 INTRODUÇÃO: A QUESTÃO DA ONTOLOGIA JURÍDICA²

O problema do conceito do direito enquanto problema metafísico e, mais especificamente, enquanto problema ontológico pode ser considerado uma interpretação (ou variante) da pergunta 'O que é o direito?' que espera como resposta uma descrição de características essenciais de um fenômeno específico chamado 'direito' ou 'jurídico'.

O objetivo geral deste trabalho é argumentar que o problema ontológico do conceito do direito é mal fundado em seus próprios termos, e deve ser abandonado, em vez de respondido. As consequências do abandono da problemática também serão discutidas – a saber, limitações sobre investigações gerais sobre "o direito".

Herbert Hart deixa bem clara uma pressuposição importante do problema: "Apesar das muitas variações em culturas diferentes e em tempos diferentes, essa instituição [o direito] assumiu sempre a mesma forma geral e teve a mesma estrutura (...)" (HART, 2009, 300-309).

Tipicamente, o problema ontológico do conceito do direito pressupõe que o direito é um fenômeno sócio-político único, com características mais ou menos universais que podem ser descobertas através de alguma forma de análise filosófica. Pressupõe que o direito, para ser o que é, possui certas características quando e onde quer que exista. Por

¹ Bacharel em direito pela Faculdade de Direito do Recife, UFPE. Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UFPE, tendo sido a dissertação sobre como deve ser a pesquisa em direito. Doutorando em Direito pelo PPGD da UFPE; pesquisa, em parceria com o Centro de Informática da UFPE, no campo da inteligência artificial aplicada ao direito, através de representações lógicas e raciocínio automático.

² Agradecimentos à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pela bolsa de mestrado que me permitiu realizar este trabalho e também ao meu orientador, Torquato da Silva Castro Júnior.



que alguém se interessaria por tal problemática? Em primeiro lugar, por puro interesse intelectual no entendimento de um fenômeno social complexo. Em segundo lugar, o direito é uma prática social normativa: pretende guiar o comportamento humano, dando razões para a ação. Mas o direito não é o único domínio normativo da cultura: a moralidade, a religião, as convenções sociais, as regras de etiqueta, e outros domínios, também guiam a conduta humana de muitas formas similares ao direito. Por isso, compreender a natureza do direito consiste, ao menos em parte, em explicar como o direito se diferencia desses domínios parecidos, como interage com eles, e se sua inteligibilidade depende de outras ordens normativas, como a moral ou as convenções sociais (MARMOR, 2015).

A busca pela solução do problema ontológico do conceito do direito, uma solução que deve ter a forma de uma definição precisa ou pelo menos a forma de uma lista de características necessárias, passa frequentemente por algum tipo de análise filosófica conceitual. Na próxima sessão as noções de análise, definição, condições necessárias e suficientes serão discutidas em conexão com o conceito do direito.

2 ANÁLISE CONCEITUAL E CONCEITO DO DIREITO

O problema ontológico do conceito do direito pode ser formulado de diversas maneiras. Scott Shapiro (SHAPIRO, 2011, 7-8) distingue três formulações semelhantes, mas cujos significados são distintos: (a) 'O que é direito?' (*Whatislaw?*) é o problema filosófico sobre a natureza do direito em geral; (b) 'O que é o direito?' (*Whatisthelaw?*) é uma pergunta sobre o estado atual do direito, o direito vigente, uma questão particular sobre o direito válido num caso; (c) 'O que é 'direito'?' (*Whatis 'law'?*), por outro lado, diz respeito ao significado da palavra 'direito', em seu uso ordinário – um trabalho muito mais lexicográfico do que filosófico. O caso (b) evidentemente não é de interesse filosófico, então, em vez de distinguir os casos (a) e (b), eles serão considerados idênticos, para efeito deste trabalho. A razão disso é que 'o direito', com o artigo definido, conota bem uma pressuposição do problema ontológico do conceito do direito: a ideia de que existe o



direito em geral, ou seja, um fenômeno abrangente com características próprias. A formulação (c) exige tipicamente definições, ao modo de dicionários, mas a ontologia jurídica igualmente exige definições; se Shapiro pensa que apenas (a) importa para a jurisprudência analítica ou para os filósofos do direito, então trata-se de dois tipos de definições diferentes. Embora Shapiro não esclareça esse ponto, a diferença aqui é entre definições reais e nominais, para (a) e (c), respectivamente.

O resultado provisório é que (a) expressa o problema ontológico do conceito do direito, (b) foi identificado *ad hoc* com (a), e (a) e (c), seguindo Shapiro, são questões distintas.

Agora, de modo coerente com a literatura (COLEMAN & SIMCHEN, 2003, 1-41), as seguintes questões serão consideradas idênticas à (a): (d) 'Qual é a natureza do direito?' (*What is the nature of law?*) e (e) 'Qual é o conceito do direito?' (*What is the concept of law?*).

Já a pergunta (f) 'Qual o significado de 'direito'?' (*What is the meaning of 'law'?*) será considerada idêntica à (c). Portanto, a princípio, segundo Shapiro, sem interesse para o problema ontológico do conceito do direito.

Perguntas totalmente diferentes são (g) 'Qual o significado do direito?' (*What is the meaning of law?*) e (h) 'Qual o significado do conceito do direito?' (*What is the meaning of the concept of law?*), que são semelhantes à pergunta 'Qual o significado da vida?'. Nesse caso, (g) e (h), claramente, também não são de interesse para o problema ontológico do conceito do direito.

Para resumir, as perguntas que dizem respeito ao problema ontológico e são apenas diferentes formulações dele são:

- (a) 'O que é direito?';
- (b) 'O que é o direito?' (*ad hoc*);
- (d) 'Qual a natureza do direito?';
- (e) 'Qual é o conceito do direito?'.



Essas são questões ontológicas e, na avaliação de Shapiro, distintas das questões linguísticas supostamente desinteressantes (c) 'O que é 'direito'?' e (f) 'Qual o significado de 'direito'?. Entretanto, e neste caso em particular, o problema ontológico não pode ser facilmente distinguido do problema linguístico, ao contrário do que supõe Shapiro: embora haja algo de intuitivo em dizer que uma coisa é uma investigação sobre a natureza de algo (por exemplo, afirmar que água pode ser definida como H_2O), que requer uma definição real (ontológica), e outra coisa é uma investigação sobre o significado usual de um termo (por exemplo, afirmar que 'água' é um termo usado para se referir a um líquido transparente em uma variedade de circunstâncias), que requer uma definição nominal (linguística), as duas questões não podem ser totalmente separadas, pois a investigação da natureza de algo tem de, pelo menos, começar pelo tipo de coisa alegadamente referido por um termo ordinariamente – a não ser para entidades postuladas para propósitos explicativos, a exemplo de termos como 'elétron', 'quark', 'buraco negro' etc. No caso do termo 'direito', diferente do termo 'água', que se refere a um tipo natural, as principais formas de acesso ao objeto de análise giram em torno da observação do comportamento (inclusive, linguístico) dos falantes, o que torna ainda mais difícil separar uma investigação sobre a coisa e uma investigação sobre o termo – ou, em outras, palavras, separar os limites do mundo e os limites da linguagem.

Perguntar pela natureza fundamental ou pela essência de algo significa perguntar pela identidade dessa coisa, e isso requer algum esclarecimento: segundo Shapiro, perguntar pela identidade de X é perguntar o que, nesse X, o torna X e não Y, sendo que $X \neq Y$. A correta resposta a esse tipo de questão deve oferecer o conjunto de propriedades que fazem das instâncias possíveis e atuais de X o que elas são – a saber, X. Assim, a questão 'O que é direito?' busca descobrir o que torna todas e somente as instâncias de direito instâncias de direito, e não outra coisa. Além disso, a questão da natureza envolve descobrir propriedades que são necessárias, isto é, se X tem necessariamente as propriedades x_1 e x_2 , então X não pode não possuir as propriedades x_1 e x_2 ; caso contrário, o que pensávamos ser X não é realmente X (SHAPIRO, 2011, 8-10).



Julie Dickson, de modo coerente com Shapiro, sustenta que uma teoria do direito bem sucedida consiste em proposições sobre o direito que (1) são necessariamente verdadeiras e (2) explicam adequadamente a natureza do direito. As propriedades pesquisadas pela jurisprudência analítica devem ser tais, que o direito deve exibi-las em qualquer lugar e em qualquer tempo (DICKSON, 2001, 7-18).

Essa posição é essencialmente a mesma que a de Joseph Raz: "(...) uma teoria do direito é bem-sucedida se satisfaz dois critérios: em primeiro lugar, se consiste em proposições sobre o direito que são necessariamente verdadeiras e, em segundo lugar, se essas proposições explicam o que é o direito" (RAZ, 2013, 70.).

Distinguir X de outros Y, permitindo ainda a identificação de todas as instâncias de X, equivale a buscar por condições necessárias e suficientes para X, que podem ser postas numa definição. Embora teóricos do direito raramente entrem em maiores detalhes sobre esses conceitos, o assunto está longe do trivial. Por isso, serão feitos alguns apontamentos sobre definições, condições necessárias e suficientes, e sobre as ideias filosóficas de necessidade e de análise conceitual, para se ter uma visão mais exata do que está em torno da problemática filosófica do conceito do direito e oferecer referências aos interessados na área.

2.1 DEFINIÇÕES

Na literatura filosófica, o termo 'definição' é usado em um sentido genérico e em um sentido específico. No sentido genérico, ele se refere a vários tipos de explicação conceitual, como a decomposição de um conceito complexo nos seus constituintes, a explicação das condições de aplicabilidade do conceito, a construção de uma descrição definida para a extensão de um conceito, a transformação de um conceito vago num conceito mais exato, a redução de um conceito a conceitos de outro tipo *etc.* No sentido específico, dado no contexto da lógica matemática, uma 'definição' é uma regra de tradução entre duas notações da mesma teoria mostrando que o uso do termo definido é desnecessário para formular a teoria. (GREIMMN, 2015)



O *definiendum* de uma definição é a entidade a ser definida. Em muitos casos, o *definiendum* é um conceito, concebido como o sentido de um predicado. O *definiens* da definição é o conceito usado para definir o *definiendum*. No caso da definição clássica da verdade (verdade como concordância com a realidade), o *definiendum* é o sentido do predicado 'x é uma sentença verdadeira' e o *definiens* é o sentido do predicado 'x é uma sentença que concorda com a realidade'.

O uso do termo 'definição' na literatura é sistematicamente ambíguo (GREIMMN, 2015): de modo semelhante ao termo 'interpretação', ele refere-se tanto ao ato de definição como ao seu produto, ou seja, a fórmula construída por este ato. Normalmente, uma definição enquanto ato é uma asserção sobre uma relação semântica entre o *definiens* e o *definiendum*. Mas existem também definições que consistem numa mera estipulação, como, por exemplo, a definição dos números primos por 'Um número primo é um número natural que tem exatamente dois divisores naturais: o número um e ele mesmo'. Estas definições servem para a abreviação de um termo complexo por um termo simples. O produto de um ato de definição é a definição concebida como fórmula. Assim, a fórmula 'Uma sentença verdadeira é uma sentença que concorda com a realidade' pode ser concebida como definição. É comum entender por *definiens* e *definiendum* partes de tal fórmula. Segundo esse uso, o *definiens* e o *definiendum* de uma definição não são conceitos, mas expressões linguísticas que ocorrem na definição. No presente exemplo, o predicado 'x é uma sentença verdadeira' é o *definiendum* e o predicado 'x é uma sentença que concorda com a realidade' é o *definiens*.

Alguém pode querer perguntar: qual a definição de 'definição'? A questão é legítima, mas difícil de ser respondida, porque existem muitas concepções diferentes de definições (por exemplo, há claramente um sentido amplo e um sentido restrito, descritos acima) e muitos propósitos diferentes para o uso de definições. Segundo Irving Copi, definições são usadas, entre outros motivos, (1) para aumentar o vocabulário, suplementando o aprendizado usual de palavras através de explicações explícitas; (2) para eliminar a ambiguidade, evitando confusões linguísticas; (3) para esclarecer o significado, evitando a vagueza de um termo já conhecido; (4) para explicar teoricamente, oferecendo



uma formulação teoricamente adequada ou cientificamente útil de um termo, como na incorporação da mecânica newtoniana ao próprio significado da palavra 'força'; (5) para influenciar atitudes, fazendo, por assim dizer, agitar as emoções, definindo, por exemplo, 'socialismo' como 'democracia ampliada ao campo econômico', a fim de agregar a aprovação do termo 'democracia' ao termo 'socialismo'. (COPI, 1978, 105-109)

Qual desses propósitos está relacionado ao problema ontológico do conceito do direito? Dado que os propósitos (1), (2) e (3) parecem estar relacionados ao uso de termos, e não à natureza do objeto referido pelo termo, esses propósitos não parecem ser de interesse imediato; já o motivo (4) parece encaixar-se bem ao projeto de construir uma teoria do direito bem sucedida, e o motivo (5) remete à distinção que Norberto Bobbio faz entre definições fatuais, avaliativas ou ainda ontológicas, por um lado, e definições ideológicas, valorativas ou deontológicas, por outro lado: as primeiras definem o direito tal como ele é, razão pela qual são caras ao positivismo jurídico (por exemplo, a definição de direito como a união de normas primárias com normas secundárias, que pode ser encontrada em Hart); as segundas têm uma estrutura teleológica e definem o direito em função de um certo valor, como a justiça (por exemplo, quando Radbruch define o direito como "a realidade que tem seu significado no servir ao valor jurídico, isto é, à ideia da justiça"). As respostas aspiradas para o problema ontológico, em particular no contexto do positivismo jurídico, excluem, assim, as definições valorativas. (BOBBIO, 1995, 138-142)

Muitos autores ofereceram regras que toda definição deve obedecer e, se alguém tem interesse em definir o direito, em algum sentido, então pode ser útil começar consultando algumas dessas regras. No entanto, veremos que não são regras muito esclarecedoras (SANT'ANNA, 2005, 3-6):

1. Uma definição deve fornecer a essência daquilo que se define – essa é uma visão que remonta a Aristóteles e se relaciona à ideia de definições reais. Essa regra pode ser entendida como o próprio problema ontológico do conceito do direito quando a questão é sobre a definição do direito. A noção de essência, como a de necessidade, aqui não é clara, e a primeira dificuldade que surge é saber quando a essência ou uma característica



necessária foi encontrada, e não apenas a aparência ou uma característica contingente. Detalhes sobre essa argumentação serão vistos mais à frente.

2. Uma definição não deve ser circular. Essa e outras regras propõe-se a definir o conceito de definição. Logo, recorre a um conceito implícito de definição para definir o conceito de definição. Portanto, essa e outras regras são elas mesmas circulares.

3. Uma definição não deve ser expressa como uma negação quando pode ser expressa como uma afirmação. Essa regra faz ela mesma uso da negação. Poderia ser reformulada assim: uma definição deve ser expressa como uma afirmação sempre que possível.

4. Uma definição não deve ser expressa em linguagem obscura. Embora tenha seu apelo, essa regra supõe que o conceito de obscuridade esteja dado ou seja claro, e isso é bastante questionável. Em outras palavras, a regra em si é uma afirmação obscura.

5. Uma definição deve ser mais clara que o termo definido. Obviamente, há aqui o mesmo problema que na regra anterior.

6. Quando o significado de um termo já é suficientemente claro, nenhuma definição se faz necessária. O objetivo dessa regra é dizer que não é necessário definir tudo. No caso do problema ontológico do conceito do direito, 'direito' é o termo ou o objeto que se quer definir, o *definiendum*, e um problema surge com os termos do *definiens*: são suficientemente claros? Alguns termos recorrentes na definição do direito são 'liberdade', 'autonomia', 'justiça', 'regra', e, embora soem atraentes, estão longe de serem suficientemente claros.

7. Termos são arbitrários, mas as ideias expressas por esses termos (via uma definição) não são. Em outras palavras, essa regra enfatiza a regra 1, na medida em que, por exemplo, descarta a definição de 'direito' enquanto uma palavra – substituível arbitrariamente por outra qualquer – e observa a definição do conceito do direito enquanto uma ideia ou um objeto característico (o conceito do direito), designado pela palavra 'direito'. O argumento contra a regra 1 vale aqui também.



Mais detalhes sobre cada um desses e de outros tipos de definição podem ser encontrados no livro do professor Adonai Sant'Anna e no verbete *Definitions* (GUPTA, 2015) da *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, bem como na bibliografia de ambos.

2.2 CONDIÇÕES NECESSÁRIAS E SUFICIENTES

Compreender melhor o que são condições necessárias e suficientes é especialmente importante para a construção de definições rigorosas, pois elas permitem identificar um termo ou um objeto, e somente ele – exatamente a pretensão do problema ontológico do conceito do direito. Isso quer dizer que, se alguém puder definir o direito através de propriedades que são necessárias e suficientes, terá conseguido explicar em que consiste o direito e distingui-lo de outras coisas semelhantes – o projeto mais popular, nesse sentido, busca identificar o direito a um conjunto de normas específicas, assim como também são a moral e os costumes, e então descrever o que o diferencia, ou seja, em que consiste o 'jurídicas' da expressão 'conjunto de normas jurídicas'.

A teoria tradicional afirma que, sejam 'p' e 'q' sentenças ou proposições, quando o condicional 'p→q' é verdadeiro, a verdade do conseqüente, 'q', é necessária para a verdade do antecedente, 'p', e a verdade do antecedente é, por sua vez, suficiente para a verdade do conseqüente. Por isso, se 'a₁' e 'a₂' são, juntos, condições necessárias e suficientes para 'x', então '(a₁ ∧ a₂) ↔ x'. Pela mesma razão, '¬q→¬p' é logicamente equivalente à 'p→q'. (BRENNAN, 2012)

Podemos definir uma condição necessária da seguinte forma: uma condição A é dita como necessária para a condição B, se, e somente se, a falsidade, não existência ou não ocorrência de A *garante ou acarreta* a falsidade, não existência ou não ocorrência de B.

Uma condição suficiente pode ser definida assim: uma condição A é dita como suficiente para a condição B, se, e somente se, a verdade, existência ou ocorrência de A *garante ou acarreta* a verdade, existência ou ocorrência de B.



Se o direito for considerado um termo a ser definido, então a seguinte fórmula deve ser verdadeira para que a definição seja bem sucedida:

$$\text{'direito'} \leftrightarrow (a_1, a_2, \dots, a_n)'$$

Sendo ' a_1, a_2, \dots, a_n ' uma série de termos – o *definiens*. Isso quer dizer que, nas condições em que 'direito' for falso, ' a_1, a_2, \dots, a_n ' também deve ser falso; e nas condições em que ' a_1, a_2, \dots, a_n ' for verdadeiro, 'direito' também deve ser verdadeiro.

Se o direito for considerado um conceito ou uma proposição, teremos o mesmo resultado, com a diferença de que 'direito' e ' a_1, a_2, \dots, a_n ' representarão conceitos ou proposições.

Note que ser condição necessária e ser condição suficiente são relações contrárias (converses). Duas relações binárias, R_1 e R_2 , são contrárias uma da outra, se, e somente se, (1) xR_1y (e. g., x é mais alto que y) garante que yR_2x (e. g., y é mais baixo que x) e (2) yR_2x garante xR_1y .

Assim, se X é necessário para Y , então Y é suficiente para X . E, equivalentemente, se Y é suficiente para X , então X é necessário para Y .

Essas considerações deixam claro por que é tão difícil definir o direito (e outros termos): basta que uma instância de direito seja verdadeira e uma instância do *definiens* seja falsa, para que a definição esteja incorreta ou inadequada; ou basta que uma instância do *definiens* seja verdadeira e uma instância de direito seja falsa. Em outras palavras, as extensões dos conceitos bi-implicados devem ser idênticas. Por isso, um método tão simples quanto o de fornecer contraexemplos acaba sendo tão fácil de aplicar contra as definições do direito. Considerando isso, será fácil entender por que a oferta de definições do direito é alta e por que, a despeito dos contraexemplos, algumas delas ainda têm prestígio – como a definição positivista que vê no direito um complexo de normas postas por forças humanas.



2.3 NECESSIDADE E ANÁLISE CONCEITUAL

O conceito de necessidade, oposto ao de contingência, no século XX, foi associado aos conceitos de a priori e de analiticidade – em particular, pelos positivistas lógicos. Muitos filósofos não aceitam mais essa identificação, como os que acompanham as distinções feitas por Saul Kripke, enquanto outros filósofos, ainda, rejeitam qualquer diferença qualitativa entre essas oposições, como Willard v. Quine e os naturalistas metodológicos.

A distinção *epistêmica* entre proposições *a priori* e *a posteriori* refere-se ao modo possível de conhecer a proposição: sem ou com recurso à experiência; a distinção *semântica* entre proposições analíticas e sintéticas refere-se à relação entre verdade e significado: as primeiras são verdadeiras unicamente em virtude do significado dos seus termos, enquanto as segundas dependem também de sua relação com o mundo; já a distinção *lógica* entre proposições necessárias e contingentes é a diferença entre proposições que são verdadeiras em todas as circunstâncias concebíveis (ou “mundos possíveis”, no jargão usual) e proposições que não o são; essa distinção é lógica, segundo Cláudio Costa, porque é distinta da necessidade natural das leis científicas, por exemplo, que podem ser refutadas pela experiência; porém, talvez fosse mais adequado considerá-la como uma distinção *metafísica*, a não ser quando aplicada apenas à semântica formal. Essas três classes são coextensivas na concepção empirista. Um exemplo de proposição a priori, analítica e necessária seria ' $\neg(p \wedge \neg p)$ ', que é uma tautologia da lógica proposicional clássica. (COSTA, 2002, 43-66)

Sob tais pressupostos, a busca por características necessárias do direito não é tanto uma questão da natureza do objeto jurídico, mas de esclarecimento de significados associados ao conceito, desdobrando os elementos que, em virtude do significado das palavras e com independência do mundo, estariam contidos no *analysandum* (ou *definiendum*) – e nisso consistiria a análise conceitual na versão empirista. Assim, enquanto a ciência e a experiência são fontes de novos conhecimentos e informação, a filosofia



serviria para esclarecer o que, de alguma forma, já se sabe, já está pressuposto no uso dos conceitos.

O problema ontológico do conceito do direito pode ser visto como requerendo esse ou algum outro tipo de análise conceitual e, claramente, Joseph Raz, Robert Alexy, Eugenio Bulygin, Scott Shapiro, Herbert Hart, Jules Coleman, AndreMarmor, Julie Dickson e Frederick Schauer concordam que *alguma versão* de análise conceitual seja uma ferramenta fundamental para a compreensão do direito(SCHAUER, 2010) (RAZ, 2013) (SHAPIRO, 2011).

Shapiro, por exemplo, em vez de procurar por condições necessárias e suficientes, parece se basear na abordagem da análise conceitual de Frank Jackson, que começa partindo de nossas *intuições* sobre coisas e eventos – as quais são expressas por meio de afirmações triviais ou truísmos; então se esforça para elucidar as circunstâncias cobertas por essas afirmações mostrando que elas são implicadas por uma descrição ou explicação mais fundamental; dessa forma, a análise conceitual exhibe a concepção implícita associada com um termo conceitual e isso, por sua vez, determina a condição de identidade sobre a qual é o conceito. (CANALE, 2012, 409-441)

3 A INSOLUBILIDADE DO PROBLEMA DO CONCEITO DO DIREITO

Nesta sessão, será levantada uma série de argumentos contra o próprio problema ontológico do conceito do direito, suas pressuposições, métodos e relevância.

3.1 O “PARADOXO” DA ANÁLISE

O primeiro argumento(GREIMMN, 2015)que pode ser levantado desafia a ideia de análise conceitual e é conhecido como “paradoxo da análise” – embora o nome seja impróprio, pois, tecnicamente não há contradição: uma definição analítica não pode ser construída com sucesso, porque ou será informativa ou será materialmente adequada, mas jamais as duas coisas simultaneamente. Se, por exemplo, a definição ‘Um solteiro é



um homem não casado' for informativa, o sentido do *definiendum* 'x é solteiro' tem que ser diferente do sentido do *definiens* 'x é um homem não casado'. Caso contrário, a definição daria a mesma informação que a definição trivial 'Um solteiro é um solteiro'. Mas, se o sentido do *definiendum* for diferente do sentido do *definiens*, então a definição 'Um solteiro é um homem não casado' não é materialmente adequada. O dilema é que a definição pode ser informativa somente se o *definiens* e o *definiendum* têm sentidos diferentes, e ela pode ser materialmente adequada somente se o *definiens* e o *definiendum* têm o mesmo sentido. Isso implica que ou a análise conceitual não pode fazer o que pretende (esclarecer de modo não trivial significados pré-existentes ou contidos em conceitos) ou que a análise conceitual é trivial, enunciando tautologias lógicas. Por isso, o principal método filosófico para descobrir uma definição informativa e adequada para o direito não seria capaz de fornecer uma resposta satisfatória para o problema ontológico do conceito do direito.

3.2 O HOLISMO CONTRA A ANÁLISE CONCEITUAL

Um outro grupo de argumentos não só contra a análise conceitual, mas contra a distinção analítico-sintético, provém de Quine e é bem conhecido na literatura filosófica. O que importa destacar aqui é que, se o quadro Quine for aceito, rejeitando a distinção analítico-sintético ou relativizado suas fronteiras, terá de ser aceita também a via do naturalismo que se recusa a colocar, de um lado do abismo, a investigação científica sobre o mundo e, de outro lado do abismo, a investigação filosófica sobre a linguagem e os conceitos. No mesmo sentido, o holismo de Quine sobre a dinâmica das crenças muda completamente a acepção de necessidade:

(...) nossos enunciados sobre o mundo exterior enfrentam o tribunal da experiência sensível não individualmente, mas apenas como corpo organizado.

(...) A totalidade daquilo a que chamamos de nossos conhecimentos ou crenças (...) é uma construção humana que está em contato com a experiência apenas em suas extremidades. (...) a ciência total é como um campo de força cujas condições de contorno são constituídas pela experiência. Um conflito com a experiência, na periferia, ocasiona reajustamentos no interior do campo. Os valores de verdade devem ser redistribuídos entre alguns de nossos enunciados. A reavaliação de alguns enunciados acarreta a reavaliação de outros, por suas interconexões lógicas



– sendo as leis lógicas, por sua vez, simplesmente alguns enunciados adicionais do sistema (...) o campo total está de tal modo determinado por suas condições de contorno, à experiência, que existe larga margem de escolha de quais enunciados reavaliar à luz de qualquer experiência individual contrária. (...) Se essa visão é correta, é enganoso falar em conteúdo empírico de um enunciado individual. (...) *nenhum enunciado é imune à revisão.* (grifo nosso) (QUINE, 1975, 251-252.)

Se qualquer enunciado ou crença está sujeito à revisão, a depender dos ajustes que alguém faz na totalidade das suas crenças diante de experiências recalcitrantes, então o conceito de necessidade não tem mais um caráter de imposição metafísica ou analítica, uma verdade em qualquer tempo e qualquer lugar, como exige o problema ontológico do conceito do direito: crenças, sentenças ou proposições necessárias são apenas aquelas que o indivíduo resiste a revisar, pelos mais variados motivos, entre os quais o fato de estarem inferencialmente relacionadas a uma grande quantidade de outras crenças, sentenças ou proposições cuja alteração seria inconveniente. Por exemplo, se o indivíduo I acredita que A, mas I recebe um input que o leva a crer que $\neg A$, então, por querer evitar a contradição $(A \wedge \neg A)$, I deve recusar ou A ou $\neg A$; caso contrário, I terá de encontrar uma forma de admitir a contradição, o que, provavelmente, levá-lo-ia a rever uma enorme cadeia de outras crenças – um passo excessivamente inconveniente. Outro detalhe é que, em muitos casos, essa não é uma decisão pessoal sobre o que acreditar, mas, sim, uma escolha publicamente justificada, pois I está muitas vezes inserido num contexto de justificação perante outros indivíduos.

3.3 INTUIÇÕES NÃO SÃO ASSIM TÃO CONFIÁVEIS

O recurso a intuições, mesmo se pareçam triviais, para descobrir conhecimentos fundamentais a priori é bastante questionável: Kant, por exemplo, supunha a priori que o espaço estava estruturado conforme a geometria euclidiana; os físicos subsequentes mostraram que essa intuição estava errada. Para efeito de encontrar conhecimentos fundamentais, sem recurso à experiência, intuições são tão confiáveis quanto os órgãos dos sentidos, dos quais Descartes já desconfiava.



3.4 O PROBLEMA DA JUSTIFICAÇÃO DA INFERÊNCIA INDUTIVA

Uma dificuldade que surge quando o teórico do direito tenta encontrar características necessárias do direito é saber quando as encontrou, em oposição a características meramente contingentes: se uma dada característica A está presente em instâncias do direito, mas não em todas as instâncias do direito, então não é necessária; se, no entanto, as instâncias do direito até agora observadas apresentam A, isso não prova que A seja uma característica necessária. Trata-se de um típico problema de justificação da inferência indutiva; métodos como a análise conceitual e o recurso a intuições tentam superar essa dificuldade, mas são eles mesmos problemáticos, e a dificuldade de justificação surge mesmo se a necessidade não tiver de atravessar horizontes históricos, limitando-se à descoberta da necessidade num conceito do direito de uma comunidade. Se o holismo de Quine for aceito, a distinção entre verdades necessárias e verdades contingentes, no sentido qualitativo requerido pelo problema ontológico, deve cair por terra, inviabilizando a própria colocação da questão.

3.5 VAGUEZA E AMBIGUIDADE

Um problema que surge nas tentativas de definição do direito que se baseiam na busca de elementos comuns a uma variedade de supostos fenômenos jurídicos é o estabelecimento de casos paradigmáticos: é consenso que a maioria dos Estados modernos são sistemas jurídicos, mas a injustiça de alguns Estados, como a Alemanha nazista, fez com quem os teóricos divergissem sobre se se tratava de um sistema jurídico válido ou apenas da imposição da força bruta. A situação fica mais complicada quando passamos para o direito costumeiro, o direito internacional, organizações paraestatais e o direito primitivo. Cada um deles são, por uns, considerados direito e, por outros, considerados não-direito ou quase-direito. Em outros termos, a palavra 'direito' é vaga e ambígua, e uma definição que não seja *ad hoc*, mas tente ser materialmente adequada,



fazendo jus à variedade de fenômenos, é difícil de justificar, quando há divergência sobre o próprio critério de adequação material – isto é, sobre a extensão do termo. Para piorar, é sabido que as definições propostas até hoje envolvem termos que são eles mesmos obscuros (vagos ou ambíguos), o que impossibilita que sirvam para identificar, com rigor, as instâncias do direito. Esse problema é ainda maior para o positivista jurídico, que almeja separar direito e moral – coisas, em muitos casos, semelhantes.

3.6 DIREITO NÃO É UM FENÔMENO ESPECÍFICO

O problema ontológico do conceito do direito depende da premissa de que o direito é um fenômeno característico e universal. Foi visto que essa universalidade não pode ser justificada (por causa do problema da indução), razão pela qual o brocardo latino *ubi societas, ibi jus* é apenas um ornamento retórico, sem valor teórico. Mas por que se deve admitir a premissa de que o direito seja um fenômeno próprio? Alguém pode argumentar que as pessoas reconhecem instâncias do direito, então ele deve existir, deve existir um conceito do direito inerente a essas instâncias, que as faz o que são. Entretanto, uma série qualquer de elementos pode ser subsumida como instâncias de uma infinidade de definições intensionais diferentes: por exemplo, seja o conjunto $Z = \{b, c, d\}$; uma definição intensional desse conjunto é: $Z = \{x, \text{tal que } x \text{ são as letras da segunda até a quarta letra do alfabeto do português}\}$; outra definição intensional daquele mesmo conjunto, mas não intensionalmente equivalente, é: $Z = \{x, \text{tal que } x \text{ são as consoantes da string 'bicuda'}\}$. Isso mostra que o fato de as pessoas reconhecerem uma série de práticas como instâncias de um tipo não implica que há um conceito prévio e definido desse tipo que guia esse reconhecimento, razão pela qual Wittgenstein recorreu à metáfora das “semelhanças de família” para explicar os modos variados de usos de certas palavras, como ‘jogo’. Uma alternativa é considerar que, mesmo numa mesma comunidade, há vários conceitos do direito passíveis de inquirição e definição objetivas; isso, no entanto, apenas multiplicaria os problemas e as questões levantados.



Além disso, existe uma grande diferença entre, digamos, instâncias do direito processual civil, como as leis processuais civis e a prática processual civil nos fóruns, e instâncias do direito em geral, como o “sistema jurídico” brasileiro: o grau de generalidade do direito em geral é tal, que, somado com a sua ambiguidade e vagueza, qualquer afirmação sobre o direito necessita de muitos esclarecimentos e carece de rigor. Perguntas como ‘O que exatamente?’, ‘De que forma?’, ‘Onde?’, ‘Quando?’, ‘Quantas vezes?’ surgem imediatamente quando alguém faz afirmações como ‘o direito é um instrumento de dominação’, ‘direito e moral estão conceitualmente ligados’, ‘o direito garante a liberdade’, ‘o direito é basicamente retórica’, ou qualquer outro enunciado sobre o direito em geral. As teorias que fazem esse tipo de afirmação podem ser chamadas de “teorias levianas”, pois suas proposições carecem de qualificação e especificação, o que torna sua avaliação frequentemente difícil; elas são o oposto das teorias científicas. Ernest Nagel sugeriu que essa diferença explicava a constância de certas crenças do senso comum, como a afirmação de que a água congela quando é suficientemente resfriada, em comparação com a curta vida de várias teorias científicas:

(...) o controle experimental das crenças do senso comum é frequentemente difícil, já que não pode traçar-se facilmente a distinção entre os dados da observação que as confirmam e os que as refutam. Deste modo, a crença de que “em geral” a água solidifica quando é suficientemente resfriada pode corresponder às necessidades das pessoas cujo interesse pelo fenômeno do resfriamento está circunscrito ao seu interesse em atingir os objetivos habituais da sua vida quotidiana, apesar de a linguagem utilizada na codificação desta crença ser vaga e carecer de especificidade. Essas pessoas podem por isso não ver qualquer razão para modificar a sua crença, mesmo que reconheçam que a água do oceano não congela, embora a sua temperatura seja sensivelmente a mesma do que a água de um poço quando começa a solidificar, ou que alguns líquidos têm de ser resfriados a um grau maior do que outros para mudarem para o estado sólido. Se forem pressionadas para justificar a sua crença perante estes fatos, essas pessoas podem talvez excluir arbitrariamente os oceanos da classe de coisas a que dão o nome de água, ou, como alternativa, podem exprimir uma confiança renovada na sua crença, defendendo que seja qual for o grau de resfriamento que possa ser necessário, os líquidos classificados como água acabam por solidificar quando são resfriados. (NAGEL, 1961)

Se isso estiver correto, as teorias mais populares sobre a ontologia jurídica não são muito diferentes das crenças mais persistentes do senso comum, como a crença de que a água se torna um sólido quando é resfriada: a falta de controle experimental, a vagueza e



ambiguidade das afirmações e dos conceitos, e a carência de rigor permitem que as teorias levianas do direito sobrevivam muito mais tempo do que teorias científicas paradigmáticas, a ponto de haver discussões sobre se os antigos filósofos gregos capturaram algo da essência do direito.

Isso não quer dizer que sempre se deve evitar o uso do termo 'direito' num sentido bastante amplo (e, em alguns casos, até displicente), como em 'o direito brasileiro aceita o casamento homoafetivo' (o que, aliás, ainda é um caso específico, comparado a afirmações teóricas sobre o direito). O que o argumento sugere é que, *para fins de investigação teórica*, há boas razões para deixar de falar do direito em geral, o que equivale a deixar de pensar no direito como um fenômeno próprio – amplo, complexo e multifacetado, repleto de variações históricas. Sugere que, para fins de investigação teórica, os termos sejam qualificados e especificados o bastante, de modo que seja possível avaliar as teorias, saber quais casos as contradizem e quais casos as confirmam. Se a filosofia do direito não puder fazer isso, não poderá aspirar a ser mais do que o senso comum dos filósofos do direito.

4 CONCLUSÃO

Se os argumentos deste artigo são aceitos, o problema ontológico do conceito do direito – a pergunta pelas características necessárias e essenciais de um suposto fenômeno jurídico – deve ser considerado mal fundado em seus próprios termos, e, assim, não pode ser respondido. Suas pressuposições mais básicas são alvo de críticas, que tornam o problema insolúvel em si mesmo. Uma das razões para isso é o fato de que a premissa de que o direito é um fenômeno universal e característico é bastante questionável, e o abandono desse pressuposto impõe limites à qualquer investigação abstrata e geral sobre o direito. Para evitar formular teorias jurídicas levianas, filosóficas ou científicas (se é que há alguma diferença), propõe-se qualificar adequadamente os termos empregados, de modo que possam ser confirmados ou refutados com clareza – a exemplo do que ocorre nas teorias científicas paradigmáticas.



REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, pp. 138-142.
- BRENNAN, Andrew, **Necessary and Sufficient Conditions**, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/necessary-sufficient/>>. Acesso em 5 de fevereiro de 2016.
- CANALE, Damiano. **Looking for the nature of law: on Shapiro's Challenge**. In: Law and Philosophy, 31, 2012, pp. 409-441.
- COSTA, Cláudio. **Uma introdução contemporânea à filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 43-66
- COLEMAN, Jules L. & SIMCHEN, Ori. **Law**. In: Legal Theory, v. 9, n. 01, 2003, pp. 1-41.
- COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1978, p. 105-109.
- DICKSON, Julie. **Evaluation and legal theory**. Oregon: Bloomsbury Publishing, 2001, p. 17-18.
- GREIMM, Dirk. **Definição**. In: Compêndio em Linha de Problemas de Filosofia Analítica. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.ul.pt/handle/10451/18021>>. Acesso em 5 de fevereiro de 2016.
- Gupta, Anil, "**Definitions**", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/definitions/>>. Acesso em 20 de novembro de 2017.
- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2009, p. 300-309.
- MARMOR, Andrei and SARCH, Alexander, **The Nature of Law**, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/lawphil-nature/>>. Acesso em 16 de dezembro de 2015. Ver seção de abertura do artigo.
- NAGEL, Ernest. **Ciência e senso comum**. Disponível online em: <<http://ateus.net/artigos/filosofia/ciencia-e-senso-comum/>>. Acesso em 7 de fevereiro de 2016. Tradução de um capítulo do livro The Structure of Science (1961), do autor.
- QUINE, Willard Van Orman. **Dois Dogmas do Empirismo**. In: Ensaios: Gilbert Ryle, John Langshaw Austin, Willard Van Orman Quine, Peter Frederick Strawson. São Paulo, editor Abril S. A. Cultural e Industrial, 1975, pp. 251-252.
- RAZ, Joseph. **Uma discussão sobre a teoria do direito**. Joseph Raz, Robert Alexy, Eugenio Bulygin; trad. Sheila Stolz. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 70.
- SANT'ANNA, Adonai S. **O que é uma Definição**. Barueri, SP: Manole, 2005.
- SHAPIRO, Scott. **Legality**. Massachusetts: Harvard University Press, 2011, pp. 7-8.



SCHAUER, Frederick. **Necessity, importance, and the nature of law.** University of Virginia School of Law – Public Law and Legal Theory Research Paper Series No. 2010-19. Abril de 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1594930>>. Acesso em 6 de fevereiro de 2016.





O PARADIGMA BIOPOLÍTICO DE GIORGIO AGAMBEN COMO FORMA DE COMPREENSÃO DA REALIDADE JURÍDICO-POLÍTICA BRASILEIRA

Stéfano Gonçalves Regis Toscano¹
Cláudio Fernando Luiz de Senna Salles²

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo a análise da realidade sócio-política e jurídica brasileira. Nesse sentido, buscou-se investigar, prioritariamente, a utilização de recursos normativos como instrumentos biopolíticos supostamente destinados à proteção da ordem institucional. O foco principal da pesquisa gira em torno da Portaria Normativa nº 186 – Operação de Garantia da Lei e da Ordem (Op GLO) – de 31 de janeiro de 2014, editada pelo Ministério de Estado da Defesa, a partir do paradigma teórico biopolítico do filósofo italiano Giorgio Agamben, retomando as reflexões seminais de Carl Schmitt acerca do conceito de “estado de exceção”.

A Portaria, voltada, em tese, para a política de segurança do Estado brasileiro, é uma das fontes normativas orientadoras e diretivas para o planejamento e o emprego das Forças Armadas do Brasil, através de operações de Garantia da Lei e da Ordem, para inibir “tentativas potencialmente capazes de comprometer a preservação da ordem pública ou a incolumidade das pessoas e do patrimônio” (BRASIL, 2014), praticados por agentes do corpo social, com alicerces legais do art. 142 da Constituição Federal de 1988, da Lei Complementar nº 97/99 e do Decreto nº 3.897/2001.

Em vigência e aplicada de forma unificada pelas Forças Armadas, logo após as

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Universidade Católica de Pernambuco e da Faculdade Boa Viagem. E-mail: stefanotoscano@hotmail.com.

² Bacharelado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Bolsista IC Voluntário do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) da mesma Instituição. E-mail: cclaudiosalles@gmail.com.



manifestações de junho de 2013 - quando milhares de pessoas foram às ruas de diversas cidades protestar contra o contexto sócio-político e econômico implantado no Brasil –, a Portaria Normativa é relevante instrumento de governamentalidade biopolítica, seja em nome da pacificação de áreas marginais “inseguras” do Rio de Janeiro, através da criação das Unidades de Polícia Pacificadora (UPP’s), à manutenção da ordem em eleições políticas e segurança de grandes eventos mundiais ocorridos em solo brasileiro.

A presente pesquisa utilizou-se filosoficamente dos referenciais teóricos de Michel Foucault e Giorgio Agamben, para tanto recorreu, preponderantemente, ao método dedutivo. O trabalho foi, prioritariamente, bibliográfico e documental. À luz das leituras agambenianas acerca da trajetória genealógica do conceito de “estado de exceção”, em confronto e articulação com a obra de Carl Schmitt e Walter Benjamin, a Portaria Normativa figura como um forte instrumento de abertura para a adoção da exceção pelo Estado brasileiro, a fim de possibilitar a conversão de grupos e agentes, intitulados e reconhecidos como sujeitos de direito, a qualquer critério, em *homo sacer* (FESTUS apud AGAMBEN, 2002, p. 196), sendo imprescindível a compreensão da lógica que perpassa esse ato administrativo.

2 A GESTÃO URBANA DA VIOLÊNCIA: O RIO DE JANEIRO COMO FLUXO DA URBANIZAÇÃO MILITAR

Em outubro de 1994, as tropas das Forças Armadas do Brasil já ocupavam, em convênio com o Governo do Estado do Rio de Janeiro, as ruas e o cotidiano das favelas cariocas, sob a égide da Operação Rio – a primeira tentativa do que se convém nomear de “urbanização militar” (GRAHAM, 2016, p. 6) de uma favela brasileira. Inquinada de violações aos direitos humanos, repleta de relatos de violência militar desproporcionais, a operação foi um fracasso quanto ao seu objetivo principal: utilizar as forças repressivas e ostensivas do Estado com o fito de garantir a segurança pública.



Àquela época, já havia rumores que o ambiente formado, na verdade, era similar a um campo de batalha bélico (BARREIRA e BOTELHO, 2013). Décadas depois, em 19 de dezembro de 2008, a favela Santa Marta, localizada na Zona Sul do município do Rio de Janeiro, foi a primeira a receber a experiência da “nova” política de aproximação entre a polícia e os moradores das favelas – projeto que recebeu, posteriormente, o nome de Unidade de Polícia Pacificadora – UPP – “em uma resposta ao clamor para que o Estado reconquistasse o território perdido para os criminosos.” (ALVES e EVANSON, 2013, p. 41)

Mesmo após décadas de experimentos frustrados dos programas de segurança pública no estado do Rio de Janeiro, tendo por prisma a militarização, sob as mais diversas nomeações/atenuantes, as Unidades de Polícia Pacificadora – UPP’s têm sido tratadas, pela população em geral e pela grande mídia, como a única resposta do poder público passível de sucesso para a questão da violência urbana.

A fórmula de atuação das Forças Armadas, em conjunto com a Polícia Militar, é simples: cria-se um batalhão especial para a ocupação policial ostensiva de territórios populares (utilização de tanques, fuzis, helicópteros com blindagem especial, etc.) e, conseqüentemente, há a consolidação do combate à presença de gangues de traficantes de drogas fortemente armadas - situação que, na cena urbana local, vinha sendo percebida com a principal responsável pela produção da violência no seio do Estado. (BURGOS, PEREIRA, *et al.*, 2011)

Além do mais, a escolha da cidade para sediar eventos internacionais, como a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Natural – Rio +20 (2012), a Jornada Mundial da Juventude (2013), a Copa das Confederações (2013), a Copa do Mundo (2014) e os Jogos Olímpicos de Verão (2016) reforçaram a justificativa para atuação das Forças Armadas, reiterando a necessidade de transformação do espaço-social das favelas num espaço urbano militarizado (GRAHAM, 2016), com a proliferação incessante de táticas e estratégias de policiamento ostensivo e monitoramento cotidiano das comunidades.



Não bastasse a existência do conflito armado nas ruas das comunidades, o mecanismo de controle utilizado abrange mais táticas de exercício de poder. Além de conter o fluxo dos corpos de maneira ostensiva, tornou-se oportuno a fiscalização e o monitoramento permanente dos indivíduos moradores dos locais “potencialmente perigosos”. Foi criado, em 2010, um verdadeiro quartel-general, denominado Centro de Operações Rio, “onde mais de 600 câmeras” (HAESBAERT, 2014, p. 236), espalhadas pela Cidade Maravilhosa, são acompanhadas pelo Governo ininterruptamente.

Em 20 de junho de 2011, o jornal *O Globo* estampou na primeira página: “Com Mangueira ocupada, só falta Maré para a Copa” (BARREIRA, 2013, p. 146). É a prova de que as ações militares, além de se relacionarem no contexto de guerras às drogas, estão inseridas numa dinâmica de poder mais elaborada, com a existência de interesses escusos e cinzentos.

Tais intervenções não se limitam, é claro, a uma ação temporária que vise garantir a segurança durante os eventos. Ele se articula à expansão do sistema de vigilância estatal sobre as “comunidades” com base no policiamento permanente e nos programas sociais de administração da pobreza, além de estimular processos de valorização imobiliária nas áreas abrangidas pelas UPP’s. (BARREIRA, 2013, p. 146)

O vocabulário e as noções de “guerra urbana” e “urbanização militar” não são apenas de uso retórico. De acordo com Stephen Graham, utilizar a cidade como um experimento de guerra é o efeito de “um bumerangue foucaultiano” (GRAHAM, 2016, p. 30) - em alusão a como as táticas de poder, utilizadas em zonas de guerra coloniais, como Gaza, Haiti ou Bagdá, refletem diretamente na forma de constituição e desenvolvimento das cidades ocidentais modernas.

O uso da guerra como metáfora dominante para descrever a condição constante e irrestrita das sociedades urbanas – em guerra contra as drogas, o crime, o terror, contra a própria insegurança. Esse advento incorpora a militarização sub-reptícia de uma ampla gama de debates de política interna, paisagens urbanas e circuitos de infraestrutura urbana, além de universos inteiros de cultura popular e urbana. Leva à difusão furtiva e insidiosa de debates militarizados sobre a ‘segurança’ em todos os seus aspectos da vida. [...] eles lutam para trazer ideias essencialmente militares de guerra, e de sua preparação, para o centro da vida cidadina comum e cotidiana. ” (GRAHAM, 2016, pp. 26-27)



Em nome da segurança e da garantia à ordem pública, toda uma gestão militar do espaço social é produzida, numa complexa construção de processos de vigilância e imobilização da vida urbana. Como afirma Rogério Haesbaert (2014, pp. 231-232), “a cidade do Rio de Janeiro pode ser tomada como um caso emblemático, pois o espaço carioca constituiu nas últimas décadas um verdadeiro laboratório dessas ações e desses discursos”, seja pela ocorrência dos eventos mundiais, seja pelo controle social dos corpos marginalizados.

Dada a banalização da necessidade de preservação da ordem pública e a determinação contínua e ininterrupta do estado de exceção, no que se convém chamar de “garantia à lei e à ordem”, ponto chave para desnudar o aparelho biopolítico e as táticas de guerra convencionais na atuação da Polícia Militar e das Forças Armadas é entender como são reguladas as ditas Operações de Garantia da Lei e da Ordem (Op GLO), previstas no artigo 142, da Constituição Federal, disciplinadas com o advento da Lei Complementar nº 97/99 e regulamentadas pelas diretrizes estabelecidas no Decreto nº 3.897/2011.

3 O CONCEITO DE DISPOSITIVO COMO FORMA DE COMPREENSÃO DA BIOPOLÍTICA NA MODERNIDADE

A fim de melhor elucidar a temática da biopolítica, assim como sugere André Duarte em *Terrorismo de Estado*, o conceito foucaultiano de biopolítica deve ser entendido, *a priori*, “como uma noção abrangente e que opera à maneira do que poderíamos chamar um *dispositivo* moderno de governo (violento e não violento) da vida das populações.” (BRANCO, 2013, p. 24)

Ciente da ligeira definição dada por Foucault ao conceito de *dispositivo*, portadora de uma amplitude demasiada e presente em toda obra do filósofo francês de forma técnica, Giorgio Agamben procura, de forma analítica, esmiuçá-lo, tornando-o parte substancial para o entendimento de como a biopolítica se tornou um *dispositivo* a serviço do exercício do poder estatal de governar a população.



Agamben, em *Que é um dispositivo* (2009), esboça uma genealogia do conceito de dispositivo, derivado do latim "dispositivo", que é uma tradução do grego *oikonomía*. Dessa maneira, herdeiro de uma problemática semântica teológica: "o termo dispositivo nomeia aquilo no qual e por meio do qual se realiza uma pura atividade de governo sem nenhum fundamento no ser" (AGAMBEN, 2009, p. 38), pois, refere-se a um "conjunto de práxis, de saberes, de medidas, de instituições cujo objetivo é administrar, governar, controlar e orientar (...) os comportamentos, os gestos e os pensamentos dos homens." (AGAMBEN, 2009, p. 39)

No fim, *dispositivo* se torna designio de qualquer mecanismo capaz de governar a vida e tem como função básica a captura do ser vivente para, a partir daí, iniciar os processos de subjetivação e de dessubjetivação, por isso a caracterização da biopolítica como *dispositivo* do aparelho de Estado.

Qualquer coisa que tenha de algum modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres viventes. Não somente, portanto, as prisões, os manicômios, o pan-óptico, as escolas, as confissões, as fábricas, as disciplinas, as medidas jurídicas etc., cuja conexão com o poder é em um certo sentido evidente, mas também a caneta, a escritura, a literatura, a filosofia, a agricultura, o cigarro, a navegação, os computadores, os telefones celulares e - porque não - a linguagem mesma, que é talvez o mais antigo dos dispositivos, em que há milhares e milhares de anos um primata - provavelmente sem dar-se conta das consequências que se seguiriam - teve a inconsciência de se deixar capturar. (AGAMBEN, 2009, p. 40-41)

No mesmo sentido do que desnudou Foucault, anos antes, Hannah Arendt, em *The Human Condition* (2009), havia feito a mesma consideração acerca da crescente utilização da vida biológica como centro da vida política, quando assinalou, pela primeira vez, o processo que leva o *homo laborans* e, com esse, a vida biológica como tal, a ocupar progressivamente o cerne da cena política da forma de governamentalidade moderna.

Apesar das contribuições de Foucault e Hannah Arendt acerca da politização da vida biológica, ambos, de maneiras particulares, não deram vazão aos desdobramentos necessários a análise integral desse fenômeno que se tornou o objeto próprio da política da modernidade. O primeiro por deixar à cabo os conceitos jurídicos-institucionais, abandonando, sobretudo, o conceito de soberania (CASTRO, 2013). E a segunda, por não



vincular aquelas reflexões à análise do seu maior trabalho: o mecanismo do poder totalitário do século XX, desfocando a ótica dos campos de concentração e das grandes estruturas dos Estados totalitários do século anterior.

Dessas aparentes omissões, surge *Homo sacer* (AGAMBEN, 2002), cujo objetivo inicial é recruzar e retomar as investigações de Foucault e Arendt, observando como a vida nua está inscrita nos dispositivos do poder soberano, retomando toda uma trajetória do pensamento foucaultiano, mas, tomando o sentido contrário e preenchendo uma lacuna aberta.

A presente pesquisa concerne precisamente este oculto ponto de intersecção entre o modelo jurídico-institucional e o modelo biológico do poder. O que ela teve de registrar entre os seus prováveis resultados é precisamente que as duas análises não podem ser separadas e que a implicação da vida nua na esfera política constitui o núcleo originário – ainda que encoberto – do poder soberano. (AGAMBEN, 2002, p. 14)

4 BIOPOLÍTICA E ESTADO DE EXCEÇÃO: SOBRE A INSCRIÇÃO DO SER VIVENTE NA ESFERA POLÍTICA ORIGINÁRIA

O poder soberano, segundo Schmitt, essa figura ambígua, presente simultaneamente dentro e fora do ordenamento legal, pois capaz de declarar o estado de exceção em que a lei suprime a lei e, a partir daí, é instaurada a indiferenciação entre violência e direito, atua em dois planos: o primeiro sobre a vida e, no limite de retirá-la; segundo, no conjunto anteriormente citado “deixar viver/fazer morrer”. Como afirma Agamben: “estar-fora e, ao mesmo tempo, pertencer: tal é a estrutura topológica do estado de exceção” (AGAMBEN, 2004, p. 57).

Díspar do que acontece em *L'État de Siège* (CAMUS, 1982), na qual uma figura soberana se apodera da cidade de Cádiz – Espanha, fixando o próprio estado de exceção, monopolizando o exercício da violência e, conseqüente, o poder de morte sobre os habitantes, em consonância com o que postula Carl Schmitt (2006) sobre a excepcionalidade dessa forma de governo (inserida dentro do ordenamento jurídico), sua decretação, no contexto político ocidental, não ocorre de forma episódica ou emergencial.



Na obra de Agamben, a partir da publicação de *Estado de exceção*, há uma ruptura essencial com o pensamento de Schmitt. Enquanto o estado de exceção schmittiano pertence ao âmbito jurídico, em Agamben, ele é um vazio de direito; está colocado fora do ordenamento jurídico. Em que pese os esforços conceituais de Shmitt, “a dupla categorial fundamental da política ocidental não é aquela amigo-inimigo, mas vida nua-existência política, zoé-bios, exclusão-inclusão.” (AGAMBEN, 2002, p. 16)

[O estado de exceção é] um espaço vazio de direito, uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas – e, antes de tudo, a própria distinção entre público e privado – estão desativadas. (...) falaciosas são as doutrinas que, como a de Schmitt, tentam inscrever indiretamente o estado de exceção num contexto jurídico, baseando-o na divisão entre normas de direito e normas de realização de direito, entre poder constituinte e poder constituído, entre norma e decisão. (AGAMBEN, 2004, p. 78) (Acréscimos nossos)

Para Agamben, apesar de concordar com alguns elementos da teoria da exceção schmittiana, o problema efetivamente inicia-se quando o estado de exceção é tomado como regra. É justamente a partir desse momento que há uma articulação e, ao mesmo tempo, um distanciamento entre o pensamento de Schmitt na obra do pensador italiano.

O que ocorreu e ainda está ocorrendo sob nossos olhos é que o espaço ‘juridicamente vazio’ do estado de exceção (em que a lei figura – ou seja, etimologicamente, na ficção – da sua dissolução, e no qual podia, portanto, acontece tudo aquilo que o soberano julgava de fato necessário) irrompeu de seus confins espaço-temporais e, esparramando-se para fora deles, tende agora por toda parte a coincidir com o ordenamento normal, no qual tudo se torna assim novamente possível. (AGAMBEN, 2002, p. 44)

Agamben, nesse momento da obra, traz à tona uma relação mais íntima entre lei e violência, na qual a soberania não é tratada com externa à ordem jurídica, como o fez Schmitt. Mas indica que a relação (resultante da confrontação teórica entre Schmitt e Benjamin) é de “uma exclusão-inclusiva” (AGAMBEN, 2002, p. 193), que serve para incluir o que é excluído – por meio da qual o que é excluído do domínio da lei é também incluído em virtude de sua exclusão. Para ele, “a norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta.” (AGAMBEN, 2002, p. 44)



É, no seio dessa lacuna, que a decisão soberana desvela, no íntimo, todo o seu caráter biopolítico; sua posição limite na relação entre vida e lei. “A decisão soberana sobre a exceção é, nesse sentido, a estrutura político-jurídica originária, a partir da qual somente aquilo que é incluído no ordenamento e aquilo que é excluído dele adquirem seu sentido” (AGAMBEN, 2002, p. 27). A soberania não é caracterizada pela decisão sobre o legal/ilegal; o lícito/ílicito, mas sobre a inclusão originária do vivente dentro do seu campo de ordem soberana. A exceção marca o local em que o legal entra em uma relação com o não-legal.

Apenas sob a exceção que a vida é verdadeiramente trazida à esfera da lei, ou seja, a decisão do soberano (sobre o estado de exceção) estabelece uma passagem da lei à vida e é, portanto, o limite pelo qual a própria vida é tomada dentro da esfera da lei: “o soberano não decide entre lícito e ilícito, mas a implicação originária do ser vivente na esfera do direito” (AGAMBEN, 2002, p. 33). Tem-se que a tese agambeniana sugere que é por meio da exceção que soberania e vida são levados à conjunção.

Desse ponto em diante, Agamben, no intuito de desvelar o caráter biopolítico da política ocidental, insurge com o resgate de termos utilizados, na Antiguidade, pelos gregos, para designar o termo vida. *Zoé*, manifestava o simples fato estar vivo, comum a todos os seres viventes (animais, homens ou deuses), e *bios*, a forma ou maneira de viver qualificada, isto é, uma vida politicamente qualificada – a *bios politikós* aristotélica. (AGAMBEN, 2002, p. 9)

A política tradicional nunca teve por objeto a *zoé* (AGAMBEN, 2002, p. 9), porém, na modernidade, o simples fato de estar vivo é objeto de atuação do poder político. Assim, o que está em jogo na política moderna é a inserção da vida natural do governado nos cálculos do poder estatal; a politização da vida natural. Para Agamben, essa vida natural (a vida do *homo sacer*), é agora capturada, numa relação particular com o poder, exposta soberanamente à morte, dentro e fora da ordem pública.

Agamben sustenta a tese de que a relação entre biopolítica e soberania não tão somente é característica da era moderna, como crê Foucault, mas é articulada num mecanismo muito mais fundamental e originário. Para o filósofo italiano, “pode-se dizer,



aliás, que a produção de um corpo biopolítico seja a contribuição original do poder soberano” (AGAMBEN, 2002, p. 14). A tese central do pensamento de Agamben é baseada na premissa de que a biopolítica seja tão antiga quanto o poder soberano e as teorias de fundação do Estado – motivo da retomada da analítica do poder por meio do modelo clássico de soberania.

Para Agamben, a sentença de Benjamin – “A tradição dos oprimidos nos ensina que o Estado de Exceção, no qual vivemos, é a regra” (LÖWY, 2005) – embora proferida há mais de 70 anos, ao ser analisada diante da noção de governamentalidade da política ocidental, não perde em nada sua atualidade. Os oprimidos, esses portadores constantes da problemática da vida e de seu intenso controle são, de regra, alvos principais da conversão, exercida pelo poder soberano, dos sujeitos de direito em *homo sacers* e, dessa forma, portadores da mera vida suprimível.

O soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico. Se o soberano é, de fato, aquele no qual o ordenamento jurídico reconhece o poder de proclamar o estado de exceção e de suspender, deste modo, a validade do ordenamento, então “ele permanece fora do ordenamento jurídico e, todavia, pertence a este, porque cabe a ele decidir se a Constituição *in toto* (ao todo) possa ser suspensa. (AGAMBEN, 2002, p. 34)

É, nesse momento que, em outras palavras, aquilo que constituía o fundamento oculto sobre o qual repousava o inteiro sistema político vêm à tona na modernidade ocidental, na medida em que o estado de exceção vira regra e permite a exposição do fundamento da soberania: a vida nua se torna exposta na cena urbana e se torna, simultaneamente, o sujeito e o objeto do ordenamento político.

“Lado a lado com o processo pelo qual a exceção se torna em todos os lugares a regra, o espaço da vida nua, situado originariamente à margem do ordenamento, vem progressivamente a coincidir com o espaço político, e exclusão e inclusão, externo e interno, *bíos* e *zoé*, direito e fato entram em uma zona de irreduzível indistinção” (AGAMBEN, 2002, p. 16)

Sua tarefa, levada a êxito, reconsidera por inteiro do mito de fundação do Estado Moderno dos contratualistas, arguindo que o estado de natureza não é anterior à fundação do Estado Civil, mas uma condição que habita o seio de todo estado constituído,



nunca relegada a exterioridade. O estado de natureza – essa ficção pré-jurídica – “manifesta-se como estado de exceção sobre o qual decide o soberano, situação que permanece incluída no núcleo oculto da cidade soberanamente constituída. ” (BRANCO, 2013, p. 19)

Logo, percebe-se que a confusão e violência do estado de natureza não são dissipadas com a fundação do Estado, mas apropriadas pelo poder soberano que preserva o direito de decidir sobre o estado de exceção, como bem entender, impondo a morte aos cidadãos – sujeitos de direito –, convertidos, neste instante, como portadores da vida nua, a vida que pode ser banida da cidade sem retaliação, “desprotegida e exposta à morte sem que se cometa homicídio ao eliminá-la” (BRANCO, 2013, p. 18).

5 A PORTARIA NORMATIVA 186/MD – INSTRUMENTO BIOPOLÍTICO VIABILIZADOR DA CONVERSÃO DO SUJEITO DE DIREITO EM HOMO SACER

Desvelado o caráter propriamente biopolítico da política ocidental, a partir da análise dos nexos existentes entre os conceitos de vida nua, poder soberano e estado de exceção, os quais encontrariam na contemporaneidade sua máxima saturação, pode-se, neste instante, remeter todo o conteúdo filosófico exposto à luz dos acontecimentos recentes da história da militarização urbana brasileira, exposto no ponto 3.4.1 da presente pesquisa. Tudo isso capaz da ligeira “conversão” do sujeito de direito em *homo sacer* – desnudando a própria estrutura metafísica da política contemporânea.

As Forças Armadas, em ação sob a égide das Operações de Garantia da Lei e da Ordem (Op GLO), com a proposta de garantir a preservação da ordem pública, ao utilizar de conceitos amplos e abertos como o de Forças Oponentes (F Opm) ou Agentes de Perturbação da Ordem Pública (APOP), incluem “pessoas, grupos de pessoas ou organizações cuja atuação comprometa a preservação da ordem pública ou a



incolumidade das pessoas e do patrimônio” (BRASIL, 2014) dentro da sua margem de atuação repressiva.

Como afirma a socióloga brasileira Vera da Silva Telles, a Portaria, em vigência, “é versão ligeiramente atenuada de uma primeira versão. (...) tendo como alvo as chamadas ameaças forças oponentes, entre as quais constam, junto com organizações criminosas, traficantes e contrabandistas, os movimentos sociais e (...) a ação coletiva ” (BRASIL, 2014). Nesse sentido, torna-se imperiosa a transcrição descritiva de Agamben, acerca do modo de produção e manutenção da violência policial nas cidades contemporâneas:

O fato é que a polícia, contrariamente à opinião comum que vê nela uma função meramente administrativa de execução do direito, é talvez o lugar no qual se põe a nu, com maior clareza, a proximidade e, quase, a troca constitutiva entre violência e direito que caracteriza a figura do soberano. O inimigo vinha antes excluído da humanidade civil e carimbado como criminoso. Apenas posteriormente torna-se lícito aniquilá-lo com uma ‘operação de polícia’ que não é obrigada a respeitar nenhuma regra jurídica e pode, portanto, confundir, com um retorno às condições mais arcaicas da beligerância, população civil e soldados, povo e seu soberano-criminoso. (AGAMBEN, 2015, pp. 68-69)

Além do mais, ao estipular que as ditas Operações se caracterizam como práticas de “não-guerra” (BRASIL, 2014, p. 17), é latente a contradição existente com a própria natureza das Forças Armadas – criadas e treinadas para conter situação de guerras territoriais, no âmbito externo da soberania estatal, utilizando das mais diversas técnicas e instrumentos de uma guerra comum. Sendo assim, há uma espécie de retradução e aperfeiçoamento dos instrumentos de guerra externa para o seio do controle social da população brasileira.

Seja nos territórios dos morros cariocas, na contenção de greves, na repressão aos grupos indígenas e movimentos sociais organizados e na garantia à lei e à ordem em eventos mundiais sediados no Brasil, a obra de Giorgio Agamben, situada na exposição da relação entre soberania, estado de exceção e *homo sacer*, é de suma atualidade, a fim de entender a tendência bélica repressiva e administrativa dos corpos no Estado Brasileiro.

Destaque-se que, recentemente, em atos de manifestações sociais em desfavor de atos do atual Presidente da República do Brasil, foi autorizado o emprego das Forças



Armadas para Garantia da Lei e da Ordem em Brasília – Distrito Federal – fato que gerou controvérsias em todas as camadas sociais. Desta forma, a Portaria, ao prever a atuação das Forças Armadas, utilizando de instrumentos repressivos e de controle dos fluxos do social, coloca-se permeada pelo paradigma da exceção. Nas palavras de Agamben, “são os corpos absolutamente matáveis dos súditos que formam o novo corpo político do Ocidente” (AGAMBEN, 2002, p. 131).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com todo o explanado, em análise à obra jurídico-política de Giorgio Agamben, compreende-se que o estado de exceção, tido como regra, é o paradigma biopolítico de governamentalidade da atualidade e que abarca, dentro dele, o próprio fundamento oculto da soberania: a vida mável, a vida aniquilável, a vida do *homo sacer*.

Percebe-se, pelo exposto, a geração constantemente da morte no corpo social, na forma da exceção, agora colocada como regra. Por isso, a Portaria Normativa 186/MD, que se demonstra um permissivo para futuros exercícios repressivos contra aqueles que, a qualquer critério, dada a abrangência e universalidade dos termos utilizados na letra do ato administrativo, possam ser enquadrados como alvo aniquilável, é colocada como um *dispositivo* capaz de propiciar a morte constante dentro da sociedade civil urbana.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

_____. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. O que é um dispositivo. In: AGAMBEN, G. **O que é o contemporâneo? E outros ensaios**. Tradução de Vinicius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009. p. 25-55.

_____. **Meios sem fim**: notas sobre a política. Tradução de Davi Pessoa Carneiro. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

ALVES, M. H. M.; EVANSON, P. **Vivendo no fogo cruzado**: moradores de favela, traficantes de droga e violência policial no Rio de Janeiro. Tradução de Fernando Moura. São Paulo: Editora Unes, 2013.



- ARENDDT, H. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- BARREIRA, M. Cidade Olímpica: Sobre o nexos entre reestruturação urbana e violência na cidade do Rio de Janeiro. In: BRITO, F.; OLIVEIRA, P. R. D. **Até o último homem: visões cariocas da administração armada da vida social**. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 129-168.
- BARREIRA, M.; BOTELHO, M. L. O Exército Nas Ruas: Da operação do Alemão. Notas para uma reconstituição da exceção urbana. In: BRITO, F.; OLIVEIRA, P. R. D. **Até o último homem: visões cariocas da administração armada da vida social**. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 115-127.
- BRANCO, G. C. **Terrorismo de Estado**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.
- BRASIL. Portaria Normativa nº 186/MD, de 31 de janeiro de 2014. Publicado no Diário Oficial da União, 03 de fev. 2014. Seção 3, n. 23, p. 15.
- BRITO, F. Considerações sobre a regulação armada de territórios cariocas. In: , F. B.; OLIVEIRA, P. R. D. **Até o último homem: visões cariocas da administração armada da vida social**. São Paulo: Boitempo, 2013.
- BRITO, F.; OLIVEIRA, P. R. D. **Até o último homem: visões cariocas da administração armada da vida social**. São Paulo: Boitempo, 2013.
- BURGOS, M. B. et al. O efeito UPP na percepção dos moradores das favelas. **Desigualdade e & Diversidade: Revista de Ciências Sociais da PUC-RIO**, p. 49-98, Ago. 2011. ISSN 11.
- CAMUS, A. **L' État de Siège**. Tradução de Maria Jacintha e Antônio Quadros. São Paulo: Abril Cultural, 1982.
- CASTRO, E. **Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência**. 1ª. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.
- FESTUS, P. De uerborum significatu. In: AGAMBEN, G. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- FOUCAULT, M. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de J.A Guilhon Albuquerque e Maria Thereza da Costa Albuquerque. 13ª. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.
- GRAHAM, S. **Cidades sitiadas: o novo urbanismo militar**. São Paulo: Boitempo, 2016.
- HAESBAERT, R. **Viver no limite: território e multi/transterritorialidade em tempos de insegurança e contenção**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.
- LÖWY, M. **Alarme de incêndio: uma leitura das Teses Sobre o Conceito da História**. São Paulo: Boi Tempo Editorial, 2005.
- SCHMITT, C. **Teologia política**. Trad. de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.





FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA REFLEXÕES PRELIMINARES A PARTIR DAS OBRAS DE M. HEIDEGGER E E. VOEGELIN

.....
Rodrigo Bastos de Freitas¹

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas três ou quatro décadas, o restabelecimento da democracia e a consequente retomada do pensamento constitucionalista em grande parte dos países latino-americanos levaram a uma série de desdobramentos na esfera do direito, dentre os quais o desenvolvimento de novas teorias da interpretação jurídica. Em paralelo a outras correntes teóricas, tem crescido no Brasil o interesse pela hermenêutica filosófica, assim entendida como o campo do conhecimento que trata dos pressupostos ou condições de possibilidade da compreensão de sentido ou “apreensão do mundo” (KAUFMANN; HASSEMER, 2002: 150).

De fato, na medida em que se consolida a convicção do papel central desempenhado pelos princípios (ou “normas abertas”) para a interpretação da Constituição e dos demais ramos do direito e, conseqüentemente, em que ganham destaque as técnicas de interpretação principiológica, o enfrentamento de alguns dos temas centrais da hermenêutica filosófica pode contribuir para a elaboração de uma teoria adequada da interpretação jurídica e, a rigor, para a averiguação da possibilidade de controle racional da fundamentação das decisões jurídicas, questão crítica para a configuração de um genuíno Estado Democrático de Direito.

Contudo, ao passo em que os manuais e ensaios que tratam do tema costumam destacar a relevância da hermenêutica filosófica para a interpretação do direito, a relação

¹ Doutorando no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Recife - Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).



entre essas duas esferas do conhecimento não costuma ser devidamente esclarecida, não sendo raras as alusões descontextualizadas a autores de orientações díspares e as lacunas quanto a alguns importantes pressupostos dessa corrente teórica.

Inicialmente, há de se destacar a estreita relação existente entre os campos da hermenêutica filosófica e da filosofia da consciência, sobretudo a partir da “virada existencial” promovida por Martin Heidegger (1889-1976), responsável por deslocar o foco de análise da interpretação de textos (objeto da hermenêutica clássica) para a própria existência individual (GRONDIN, 2012: 37-53).² Uma das principais decorrências de tal virada foi a rejeição da possibilidade de um entendimento “objetivo”, ou seja, livre de toda antecipação ou “pré-compreensão”. Em paralelo ao destaque conferido à dimensão linguística do processo de compreensão, o debate em torno da objetividade do conhecimento marcaria os debates hermenêuticos a partir daí, consoante os polos bem representados na notória querela entre Emilio Betti (1890-1968) e Hans-Georg Gadamer (1900-2002) (PALMER, 1999: 55-73).

Assim como a fenomenologia lançara suas bases teóricas a partir da constatação dos limites da filosofia da intencionalidade e das teorias transcendentais do ego, a ruptura de Heidegger com as teses de Edmund Husserl (1859-1938), de grande influência em sua obra inicial, partiu da constatação dos limites da própria fenomenologia. Também influenciado pela fenomenologia husserliana, Eric Voegelin (1901-1985) logo constatou as insuficiências da concepção de intencionalidade diante da existência humana como participação na realidade histórica do ser. Trata-se de ruptura paralela à promovida por Heidegger, porém com diferenças cruciais na abordagem das questões da linguagem, da política e das variedades e equivalentes históricos da busca filosófica pelo ser (VOEGELIN, 2009a: 19-22).

² Partindo cronologicamente do séc. XVII, a filosofia existencial de Heidegger costuma ser considerada a quinta fase do desenvolvimento histórico da hermenêutica, subsequente às etapas bíblica, filológica, científica e das ciências do espírito (*geisteswissenschaftliche*) e anterior à hermenêutica cultural (PALMER, 1999: 43).



Considerando que ambos propuseram elaboradas críticas pós-fenomenológicas da racionalidade moderna, voltadas para a depuração existencial filosofia da consciência, a análise dos mais importantes pontos de contraste entre eles pode contribuir para a compreensão e possível solução de alguns dilemas presentes nos debates hermenêuticos contemporâneos.

2 HEIDEGGER: A HERMENÊUTICA DA FACTICIDADE

No conturbado ambiente alemão do entre guerras, o estilo acadêmico de Heidegger exerceu grande magnetismo sobre os alunos mais jovens, em especial pela linguagem inventiva que aludia a aspectos vitais da experiência humana e pela interpretação de certos textos gregos como antecipações de aflitivas questões contemporâneas. A ousadia da empreitada contrastava fortemente com os tradicionais debates de temas do idealismo alemão, que repentinamente pareciam obsoletos para a nova geração de estudantes (WOLIN, 2004: 97).

Finda a I Guerra, Heidegger tornou-se assistente de Husserl em Freiburg; porém, o pupilo não tardou a manifestar discordâncias com as teses do mestre. Logo no primeiro curso ministrado após assumir o posto, em 1919, Heidegger acusou a fenomenologia de privilegiar a especulação teórica em detrimento da experiência do “mundo em primeira mão” (*Umwelt*) e, conseqüentemente, de extirpar sua historicidade. Essa linha crítica, tema recorrente em sua obra, seria aprofundada nos anos seguintes; porém, o cerne das principais objeções foi estabelecido ainda nos primeiros meses de convívio acadêmico.

Em contraponto à pureza metodológica à qual aspirava a fenomenologia husserliana, Heidegger entendia que o *ser* constitui a questão mais importante e, contudo, a mais negligenciada pela tradição filosófica. O tema do ser remete à *facticidade*, no curso sobre ontologia ministrado em 1923, o autor afirma que a facticidade se refere “a *nosso próprio Dasein na medida em que é interrogado a respeito de, com base em, e com vista ao caráter do seu ser*” (HEIDEGGER, 1999: 24).. Não se trata da existência como objeto, mas



“uma aventura na qual somos projetados e para a qual podemos despertar de maneira expressa ou não” (GRONDIN, 2012: 38).

Em desafio à concepção ocidental da razão e suas pretensões de certeza, Heidegger afirma que o mundo se revela a nós através justamente dos aspectos mais triviais da finitude humana – a cotidianidade, a angústia, o cuidado, o “estar lançado” no mundo etc. Seguindo nessa trilha, a pretensão racional de objetividade dá lugar à constatação da inevitável historicidade do conhecimento (WOLIN, 2004: 101-102).

Na segunda parte de *Ser e tempo*, Heidegger examina o papel desempenhado pela angústia (*Angst*) em articulação com a temporalidade, inserindo o elemento de finitude na percepção do *Dasein*. Diante da inevitabilidade do fim – *“a possibilidade da impossibilidade absoluta de presença”* (HEIDEGGER, 2005b: 32) –, o ente (*Seiende*) escapa das garras da impessoalidade e alcança a autenticidade ao se assumir como “ser-para-a-morte”. Sendo o *Dasein* suas próprias possibilidades, a certeza da morte e a incerteza de seu momento lhe conferem o senso de urgência na “posse de si mesmo”, ou seja, em realizar as potencialidades que lhe são próprias.

A questão do “esquecimento do ser”, levantada logo nas primeiras páginas de *Ser e tempo*, decorre do obscurecimento da diferença ontológica entre *ente* e *ser*, perpetrado pela tradição metafísica ocidental. Remontando à filosofia socrática, o fenômeno teria atingido o ápice na modernidade, que erigiu o homem ao centro e fundamento de todo ente (RUSS, 2015: 454). Assim, na fase tardia, após a chamada “virada” (*Kehre*), o pensamento de Heidegger se caracteriza por buscar substituir a metafísica por uma espécie de meditação poética sobre o ser (HENRY, 2017).

Para Heidegger, a hermenêutica deve lidar com a “autointerpretação da facticidade”, o processo pelo qual ela é *“encontrada, vista, captada e expressa em conceitos”* (HEIDEGGER, 1999: 11). Sua grande inovação consistiu em elevar a pré-compreensão ao patamar de *condição* para todo possível acesso ao mundo e aos entes, não mais de *limite* à interpretação (ABBAGNANO, 2014: 908). Nesse sentido, a *pré-compreensão* antecede e condiciona a *compreensão* (“projeção do ser para



possibilidades”) e, conseqüentemente, a *interpretação* (elaboração das formas de compreensão) (HEIDEGGER, 2005a: 204-211).

Heidegger destacou também a questão da linguagem, para além de seu uso subjetivo com função instrumental (ou seja, como informação), com referência ao “momento originário” no qual ela surge como o elemento fundamental de toda experiência do real. Linguagem e compreensão, enquanto existenciais do *Dasein*, pertencem à “esfera do desvelamento dos entes”, que permanece oculta sob a dimensão instrumental (OLIVEIRA, 2006: 204-207). Segundo o chamado “giro linguístico”, o próprio conhecimento se situa no âmbito da linguagem, pois é nela que, com o “descortinar do mundo”, dão-se a ação e o sentido: “o sujeito surge na linguagem e pela linguagem”, o que invalida a ideia de “subjetividade” (STRECK, 2012: 14-15).

3 VOEGELIN: A ANAMNESE DA PARTICIPAÇÃO

A crítica da racionalidade moderna por Eric Voegelin, em bases bem próprias, perpassa sua longa carreira – na Viena dos anos 1920/30, nos EUA (no exílio após a ascensão do nazismo, tendo se naturalizado norte-americano), em Munique e, por fim, em Stanford (Califórnia). Inicialmente, a extensa pesquisa sobre o desenvolvimento do pensamento ocidental visava compreender os fenômenos políticos modernos em dois planos complementares: das instituições públicas e do “*drama milenar de sentimentos e ideias em revolta contra a superestrutura da nossa civilização*” (GEBHARDT; HOLLWECK, 1999: 3). Por esse prisma, o problema central da modernidade remete à dissolução da ordem medieval, aos conflitos políticos que se seguiram e às diversas forças intelectuais e espirituais que, do séc. XVIII em diante, tentaram rearticular a era cristã em novas ordens de sentido (VOEGELIN, 2017: 41-45).

Voegelin se ocupou desse tema no projeto *História das ideias políticas*, no curso do qual surgiu a questão de como, no prisma histórico, a teoria política se harmoniza com o fenômeno das ideias políticas (GEBHARDT; HOLLWECK, 1999: 18). Na realidade, o próprio conceito de “ideia política” se revelou inadequado, por equivaler à dogmatização de certos



símbolos e sentimentos relacionados à experiência da vida em sociedade. O marco epistemológico foi estabelecido nas conhecidas palestras de Chicago, em 1951, reunidas no livro *A nova ciência da política*. A ciência política contemporânea costuma ater-se à descrição das instituições existentes e de seus princípios, degradando-se assim em mero instrumento de poder. Para recuperar seu sentido original, Voegelin traz para primeiro plano o problema da *representação*, com relação aos *“símbolos pelos quais as sociedades políticas se interpretam como representantes de uma verdade transcendente”* (VOEGELIN, 1982: 17).

As pesquisas de Voegelin ainda passariam por outro desenvolvimento importante após o período em Munique (1958-1969). Essa fase tardia se caracteriza pela atenção a dois temas principais: uma nova concepção da historiografia – remontando aos impérios antigos e à prevalência do símbolo “ecúmena” (VOEGELIN, 2008: 152-157) – e a filosofia da consciência, no sentido de investigação das *“experiências de participação em diversas áreas da realidade”* que constituem *“o horizonte da nossa existência no mundo”* (VOEGELIN, 2008: 113).

Embora seus primeiros estudos tenham se valido das teses de Husserl, no intuito de transcender a concepção cartesiana da intencionalidade (VOEGELIN, 2003: 191-192; 426-428), Voegelin tornou-se crítico da fenomenologia husserliana após constatar que suas elaboradas formulações derivam de uma peculiar metafísica teleológica da história, a qual pressupõe a eliminação da dimensão transcendental do ego cartesiano (VOEGELIN, 2009a: 65-79). Diante do problema da *estrutura da realidade*, Voegelin gradualmente chegou à constatação de que *“o centro da consciência era a experiência de participação, ou seja, a realidade do meu contato com a realidade que está fora de mim mesmo”* (VOEGELIN, 2008: 114). Desse modo, a dicotomia sujeito/objeto se dissolve numa concepção abrangente da existência, pois *“o modelo de uma matéria de conhecimento diante de um objeto não é aplicável a um conhecimento em que o ato de conhecer é parte do processo que se supõe ser conhecido”* (VOEGELIN, 2009a: 391). Nessa trilha, a compreensão da “substância” da civilização e o estudo histórico devem partir da constatação de que “o



âmbito político se desenvolve a partir de uma instância autointerpretativa” (HENRIQUES, 2010: 65).

Na introdução ao primeiro volume de *Ordem e história*, Voegelin sublinha que o indivíduo não pode ser tido como um “espectador autossuficiente” no “centro de um horizonte do ser”: a participação no ser não é voluntária nem parcial, pois equivale à própria existência; além disso, a participação é iluminada pela consciência e constitui uma experiência (ou “tensão reflexiva”). Consoante a formulação platônica, a consciência se move na *metaxy* (“intermediário” ou “entremeio”), cujos limites são delineados pelo mistério divino (VOEGELIN, 2010: 64). A *metaxy* constitui a própria estrutura da realidade, referindo-se à tensão existencial do ser situado em algum ponto da eternidade, entre o início (*apeiron*) e o além (*epekeina*), onde se desenrola o processo de ordenamento da consciência do indivíduo e sua articulação com as demais dimensões fundamentais da realidade: *cosmos* (mundo), *polis* (sociedade) e *daimon* (divindade, deus) (VOEGELIN, 2009a, p. 411-413).

Assim, o fulcro da filosofia de Voegelin se refere à investigação da *“história e hierarquia da existência humana com ênfase especial nos modos da participação do homem no divino como refletido na experiência documentada”* (SANDOZ, 2010: 43). Sinteticamente, entende-se que a *experiência de participação* e a *tensão entre transitoriedade e permanência* das relações na “comunidade do ser” dão início aos processos de simbolização voltados para a organização das sociedades, dos quais, por sua vez, emergem as instituições sociais, políticas e jurídicas.

A ênfase de Voegelin na filosofia da consciência levou ao desenvolvimento do método que denominou anamético. A história é rica em testemunhos, registros e símbolos das experiências individuais, de natureza racional-filosófica (noéticos) ou espiritual (pneumáticos), que podem ser resgatados, interpretados e compreendidos. Certamente a hermenêutica dessas fontes não é simples, pois a anamnese deve incluir o autoconhecimento do investigador – não lhe sendo possível se “distanciar” da existência com o intuito de “observar” a realidade – e a reconstrução meditativa de elementos das



experiências pretéritas de indivíduos concretos, à luz dos relatos e escritos, das informações biográficas e do contexto histórico. Porém, na perspectiva voegeliana, esse é o método por excelência para uma genuína ciência do espírito.

4 A ONTOLOGIA ENTRE A FACTICIDADE E A PARTICIPAÇÃO: BREVES CONSIDERAÇÕES

A ontologia de Heidegger, pela qual a política e o próprio mundo histórico se dissolvem no *Dasein*, representou a primeira reformulação do ambicioso projeto de Wilhelm Dilthey (1833-1911) de uma hermenêutica unificada das ciências do espírito (GEBHARDT, 2002: 3). Por sua vez, Voegelin refinou o aparato conceitual da antropologia filosófica e expandiu o substrato filosófico das ciências do espírito, com ênfase no fenômeno político.

O contraste mais evidente se refere ao provincianismo de Heidegger – que nunca estudou fora da Alemanha e preferiu permanecer no ambiente acadêmico do sudoeste alemão, à época eminentemente rural (GEBHARDT, 2012: 3-4) – e o cosmopolitismo de Voegelin que, quando jovem, estudou na França, Inglaterra e em diferentes universidades dos EUA por extensos períodos, o que explica seu peculiar hibridismo acadêmico, com traços atavicamente germânicos e forte influência norte-americana.

Tanto Heidegger como Voegelin se alinham às tendências “subjetivistas” que entendem a consciência, em última instância, como modo de existência e não de informação, e, conseqüentemente, rejeitam a possibilidade de conhecê-la “objetivamente” (WEBB, 2013: 171-178). Porém, o princípio hermenêutico central no pensamento de Voegelin estabelece que a realidade da experiência é autointerpretativa, no sentido de que a busca humana por ordem e verdade se expressa em símbolos. A abordagem noética da ciência política, portanto, contrasta fortemente com a concepção de Heidegger, a qual, fundada na historicidade e na temporalidade, acaba por aprisionar o ser humano no mundo absolutamente imanente e fechado (GEBHARDT, 2002: 4).



Como dito, para Heidegger a tradição ocidental teria promovido o “esquecimento” do ser; daí a expressão “diferença ontológica” para se referir à separação artificial entre ser e entes. É possível encontrar certo paralelo entre essa formulação e a ênfase conferida por Voegelin aos símbolos engendrados pela experiência que, ao longo da história, foram apropriados e descaracterizados por camadas de dogmatizações e distorções ideológicas, originando conceitos e “ideias” desvinculados do conteúdo das experiências originárias. Contudo, embora se possa falar em “esquecimento” da experiência, as semelhanças entre eles não passa daí. Para Voegelin, o resgate dos conteúdos da experiência – ou seja, a restauração da ciência política, em sentido noético – não conduz ao *Dasein* heideggeriano, mas à investigação anamnética dos registros e símbolos de experiências que nos foram legados pela humanidade ao longo da história.

As grandes crises do séc. XX – duas guerras mundiais, o apogeu do totalitarismo político de pretensões científicas, a guerra fria e o espectro da hecatombe nuclear – alimentaram em diferentes correntes de pensamento um pertinente ceticismo quanto às capacidades da razão. Heidegger se valeu de aspectos do pensamento de Nietzsche para inaugurar a vertente mais radical, que parte da crítica da metafísica e não receia em flertar com o puro irracionalismo.

Em conferência proferida em 1929, Heidegger afirmou a necessidade de nada menos que a destruição (*Zerströrung*) do *logos* (espírito ou razão), por representar o fundamento da metafísica ocidental (DELACAMPAGNE, 1997: 82). O tema perpassa toda sua obra e, na fase mais tardia, Heidegger explicita como a submissão do ser à perspectiva da racionalidade teve como consequência o apagamento do seu mistério original: seu surgimento “gratuito” (GRONDIN, 2012: 52). As distorções perpetradas em nome do *logos* teriam decorrido do caráter polissêmico do conceito, conforme empregado por Platão e Aristóteles e daí em diante, tendo então assumido, na tradição ocidental, o significado primário de *discurso*: um “deixar e fazer ver” que, ao articular a distinção entre verdadeiro e falso, faz surgir o discurso apofântico, ou seja, a redução da verdade à relação de mera concordância (HEIDEGGER, 2005a: 62-65).



Paralelamente, destaca-se o forte componente romântico do pensamento heideggeriano, traduzido na nostalgia por um tempo primordial, anterior à racionalidade e à consciência, no qual o homem vivia em totalidade com o ser. O “cansaço” quanto à racionalidade e a desconfiança relativamente ao saber tecnológico refletem uma certa *malaise* típica da época, como se a superação da crise exigisse um “susto interior” ou “abalo súbito da alma” (KRELL, 2016: 123). A única saída para alienação da modernidade seria um espécie de epifania do ser, o qual, após o fim da II Guerra, Heidegger passou a buscar na poesia de contornos místicos (HENRY, 2017).

Por sua vez, Voegelin identifica em Platão a culminação da filosofia grega, por diversos motivos. Para o presente paralelo, interessa a concepção platônica de *dikaiosyne* (“justiça”, na edição brasileira). Desde sempre, a sabedoria (*sophia*) se nutre da parte racional da alma (*logistikon*), mas isso de nada vale sem uma virtude mais elevada capaz de assegurar que “essa sabedoria de fato prevaleça na alma sobre as paixões”. Nesse sentido, a *dikaiosyne* lida com a “constituição transcendental da ordem na alma”, não mais entendida como “um campo aberto de forças cuja ação pode ser atribuída pelo homem aos deuses”. Platão compreende a alma como uma “entidade fechada” orientada por um “poder ordenador” externo: “a realidade transcendente como a fonte da ordem” (VOEGELIN, 2009b: 171-172).

Em Aristóteles a ação humana é racional, daí decorrendo a necessidade de que a regressão dos meios aos fins não seja infinita, pois deve haver um fim último (o *summum bonum* de que trata o aristotelismo medieval). A experiência da razão se insere na ordem do ser e o intelecto (*nous*) descobre-se como tal ao se perceber como parte da existência humana. O *nous*, parte da estrutura da realidade, é o ponto de contato entre o humano e o divino e, destarte, o instrumento primordial de autointerpretação. Nessa trilha, a *noesis* é o processo de diferenciação da realidade, pelo qual o indivíduo se percebe como parte de um “campo de existentes” e como ente capaz de experimentar iluminação e transcendência: “a existência adquire seu significado pungente através da experiência de não se autogerar, mas de ter sua origem fora de si” (VOEGELIN, 1990: 45-47).



Em Heidegger, a tendência fortemente intramundana e imanente desloca o eixo tensional da existência para as categorias da *angústia* (*Angst*) e do *cuidado* (*Sorge*), responsáveis, respectivamente, por mostrar “a presença como ser-no-mundo que de fato existe” e por articular a relação do *Dasein* com o mundo (HEIDEGGER, 1985: 251-252; 2005a: 255-262).

A *angústia* constitui uma das diversas “tonalidades afetivas” (*Stimmung*) que incidem sobre o “ser-no-mundo (como a alegria, a tristeza, o anseio etc.). A angústia perante a abertura do mundo impele o “ser-no-mundo” à busca do ser, na medida em que as ocupações mundanas não são capazes de aplaca-la; a aquisição dessa liberdade quanto ao “poder diretivo” do mundo torna possível a escolha de outros “modos autênticos de existir”. Por sua vez, pelo *cuidado* (*Sorge*) o ente articula as possibilidades abertas pela angústia. O *Sorge* – traduzido curiosamente como “cura” na edição brasileira – permite superar a relação dicotômica entre sujeito e objeto, conferindo primazia ao *Dasein* a partir de uma “hierarquização dos níveis de temporalidade”. Nesse sentido, equivale à “tensão experiencial” de que fala Voegelin (WEBB, 2013: 240-243).

Contudo, a análise da temporalidade conduz Heidegger a conclusões que antagonizam o princípio central da anamnese voegelianiana, pois a busca humana pelo fundamento absoluto da existência seria uma decorrência do “apagamento” da temporalidade. O sujeito busca escapar de sua finitude, o que conduz à pretensão do *cogito* moderno de se arrogar a condição de totalidade. Diante dessa distorção inerente à intencionalidade, a ênfase de Heidegger na “facticidade” busca ressaltar que a vã busca pelo fundamento do ser denota a intenção de suspender a temporalidade e instituir o eterno presente (GRONDIN, 2003: 74-5).

Porém, inobstante a importância da “virada linguística”, a ênfase de Heidegger na facticidade, paradoxalmente, acaba por encapsular a existência na dimensão estritamente imanente da linguagem:

“Em princípio a hermenêutica filosófica abdica de penetrar nas fontes experienciais do mundo comunicativo da linguagem e tampouco tematiza as experiências motivadoras subjacentes a todas as simbolizações humanas. Só haveria experiência hermenêutica na forma de uma rede de significados simbolizados. Essa restrição da



realidade humana à dimensão histórica e temporal, por meio da ontologização do cosmos linguístico, deslegitima todos os achados empíricos capazes de provar que o universo hermenêutico se estende para além dos limites heideggerianos de temporalidade e finalidade.” (GEBHARDT, 2002: 4)

Esse fechamento da existência na dimensão linguística da realidade imanente encapsula a tensão do sentimento de angústia existencial – o *Dasein* como “ser para morte” –, cuja resolução, portanto, também deve se dar de maneira imanente. Já no pensamento de Voegelin, como visto, a existência se situa na perspectiva temporal da tensão exercida pelo mistério do início e do além. Destarte, a abertura da alma ao empuxo de transcendência, pela via racional (noética) ou espiritual (pneumática), permite ao indivíduo ordenar sua existência em harmonia com os demais elementos do *cosmion*. O contraste entre as duas posições leva a importantes consequências no plano da teoria política e, conseqüentemente, do direito – tema a ser explorado futuramente.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola (2014). *Dicionário de filosofia*. Trad. Ivone C. Benedetti. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes.
- DELACAMPAGNE, Christian (1997). *História da filosofia no século XX*. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.
- GEBHARDT, Jürgen (2002). Hermeneutics and political theory. Paper. *Eric Voegelin Society Meeting*. Baton Rouge, Eric Voegelin Institute, Louisiana State University. Disponível em: <<http://sites01.lsu.edu/faculty/voegelin/wp-content/uploads/sites/80/2015/09/Jrgen-Gebhardt.pdf>>. Acesso em 20 dez. 2016.
- ____ (2012). Heidegger, Voegelin and the human predicament. *Voegelinview*. Disponível em: <<https://voegelinview.com/heidegger-voegelin-and-the-human-predicament/>>. Acesso em 15 ago. 2017.
- GEBHARDT, Jürgen; HOLLWECK, Thomas (1999). Editor's introduction. In: VOEGELIN, E. *The new order and the last orientation*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, p. 1-35.
- GRONDIN, Jean (2003). *The philosophy of Gadamer*. Trad. Kathryn Plant. Chesham: Acumen.
- ____ (2012). *Hermenêutica*. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola.



HEIDEGGER, Martin (1985). *History of the concept of time: prolegomena*. Trad. Theodore Kisiel. Bloomington: Indiana University Press.

____ (1999). *Ontology: the hermeneutics of facticity*. Trad. John van Buren. Bloomington: Indiana University Press.

____ (2005a). *Ser e tempo – parte I*. Trad. Marcia S. C. Schubak. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco.

____ (2005b). *Ser e tempo – parte II*. Trad. Marcia S. C. Schubak. 13. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco.

HENRIQUES, Mendo Castro (2010). *A filosofia civil de Eric Voegelin*. São Paulo: É Realizações.

HENRY, Michael (2017). Voegelin and Heidegger as critics of modernity. *Voegelinview*. Disponível em: <<https://voegelinview.com/voegelin-heidegger-critics-modernity>>. Acesso em 15 ago. 2017.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.) (2002). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel S. de Oliveira. Lisboa: Calouste Gulbenkian.

KRELL, Andreas Joachim (2016). A hermenêutica ontológica de Martin Heidegger, o seu uso da linguagem e sua importância para a área jurídica. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 113, p. 101-147.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de (2006). *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola.

PALMER, Richard (1999). *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa R. Ferreira. Lisboa: Edições 70.

RUSS, Jacqueline (2015). *Filosofia: os autores, as obras*. Trad. Guilherme João de F. Teixeira. Petrópolis: Vozes.

SANDOZ, Ellis (2010). *A revolução voegeliniana: uma introdução biográfica*. Trad. Elpidio. M.D. Fonseca. São Paulo: É Realizações.

STRECK, Lenio Luiz (2012). *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

VOEGELIN, Eric (1982). *A nova ciência da política*. 2. ed. Trad. José Viegas Filho. Brasília: Editora UnB.

____ (1990). *Published essays 1966-1985* (1990). Collected Works vol. 12. Baton Rouge: Louisiana State University Press.

____ (1999). *The new order and the last orientation*. History of Political Ideas VII – Collected Works vol. 25. Baton Rouge: Louisiana State University Press.

____ (2003). *The theory of governance and other miscellaneous papers 1921-1938*. Collected Works vol. 32. Trad. Sue Bollans et al. Baton Rouge: Louisiana State University Press.



_____ (2008). *Reflexões autobiográficas*. Trad. Maria Inês de Carvalho. São Paulo: É Realizações.

_____ (2009a). *Anamnese da teoria da história e da política*. Trad. Elpídio M.D. Fonseca. São Paulo: É Realizações.

_____ (2009b). *Platão e Aristóteles*. Ordem e História III. Trad. Cecília C. Bartolotti. São Paulo: Loyola.

_____ (2010). *A era ecumênica*. Ordem e História IV. Trad. Edson Bini. São Paulo: Loyola.

_____ (2017). *Revolução e a nova ciência* História das Ideias Políticas VI. Trad. Elpídio Mário D. Fonseca. São Paulo: É Realizações.

WEBB, Eugene (2013). *Filósofos da consciência: Polanyi, Lonergan, Voegelin, Ricoeur, Girard, Kierkegaard*. Trad. Hugo Langone. São Paulo: É Realizações.

WOLIN, Richard (2004). *The seduction of unreason: the intellectual romance with fascism from Nietzsche to postmodernism*. Princeton: Princeton University Press.





O INSTITUTO JURÍDICO DO “SPOUSAL PRIVILEGE”: UM ESTUDO COMPARADO À LUZ DO PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN

.....
Rosângela Araújo Viana de Lira¹
Kennedy Anderson Domingos de Farias²

O sistema legal de uma nação reflete sua história, cultura e valores. Contudo, percebe-se que a internacionalização das economias, bem como o crescimento e a frequência de viagens internacionais e a comunicação entre os diversos povos do globo apontam para a impossibilidade do aprendizado e prática do Direito “paroquialmente”.

O Direito Comparado, além de ser parte de uma educação jurídica liberal aumenta a perspectiva dos estudiosos do Direito e mostra que outras pessoas podem fazer coisas de forma diferente e mesmo assim sobreviver e prosperar.

Para aqueles que se interessam por um estudo comparativo, o sistema do “*Common Law*” revela um dinamismo como um instrumento de justiça social, um desafio no sentido de aguçamento da mentalidade analítica do jurista e a universalidade de direitos que reflete a interdependência dos preceitos legais, morais, políticos e econômicos da sociedade na qual opera (LIRA, 2005, p.493).

É costume referir-se ao sistema legal anglo-americano como sendo um direito não codificado enquanto o nosso sistema “*Civil Law*” seria o de direito escrito, codificado. Todavia, como acontece comumente as definições tendem a simplificações demasiadas que tendem a introduzir noções falsas.

¹ Mestra em Direito e Professora Adjunta da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.

² Aluno do Curso de Direito da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.



A utilidade da distinção perde muito de seu significado quando alguém considera o seu resultado final, ou seja, as decisões dos tribunais com respeito aos problemas submetidos a julgamento.

Acredita-se que a maior diferença entre os dois sistemas está, na realidade, no processo de raciocínio jurídico empregado no momento da decisão judicial, uma vez que na compreensão do raciocínio jurídico deve-se ter em mente que no *Common Law*, quando uma controvérsia é submetida à corte para julgamento, o juiz não decidirá um princípio, mas o caso diante dele (LIRA, 2005, p. 495).

De modo que, diante da observação do aumento, na atualidade, do estudo das semelhanças entre as soluções judiciais dos dois sistemas e a consideração da importância da testemunha para o processo penal e civil brasileiro, analisa o instituto jurídico do *Common Law* denominado *Spousal Privilege*, também chamado de *Marital Privilege* ou *Husband-wife Privilege*, utilizado no estudo da prova processual, criminal e civil, para descrever dois privilégios que são: o privilégio de testemunhar e o privilégio da comunicação.

Percebe-se que tal instituto vem sendo utilizado no que se denominou *hard case*. *Hard case* é uma expressão utilizada para definir casos nos quais se verifica uma lacuna ou obscuridade na aplicação da lei ao caso concreto, e por isso não existe um raciocínio lógico-dedutivo simples a partir de uma regra jurídica existente para a solução da controvérsia.

O privilégio de testemunhar denominado *Testimonial Privilege*, também conhecido como *Spousal Disqualification*, *Spousal Incompetency* e *Antimarital Facts Privilege*, proíbe um cônjuge de testemunhar contra o outro sem o seu consentimento e objetiva preservar a harmonia da relação marital.

O privilégio da comunicação denominado de *Marital Communications Privilege*, também denominado *Confidential Communications Privilege* ou *Marital Confidences Privilege*, aplica-se a comunicações confidenciais feitas dentro da relação marital e objetiva a proteção da privacidade do casamento.



No Brasil, em princípio, as pessoas que são convocadas na qualidade de testemunha devem prestar o depoimento. Salvo nos casos especiais dispostos em lei, ninguém pode se recusar a depor, pois, de acordo com a lei brasileira, toda pessoa tem a obrigação de ajudar as autoridades competentes na descoberta de fatos, tanto na esfera cível como na esfera criminal, principalmente quando se considera o combate ao crime e a defesa da estabilidade social.

No que concerne à recusa e impedimento de testemunhar, o novo Código de Processo Civil Brasileiro estabelece no artigo 447, §2º, a regra geral do expresso impedimento do cônjuge testemunhar.

No Código de Processo Penal, o assunto é tratado nos artigos 206 e 207, que eximiu da obrigação de depor todas as pessoas que gozam de parentesco próximo ao réu, inclusive os cônjuges. De acordo com a boa doutrina brasileira, isto se daria para não quebrar ou sobrepujar os laços familiares e conjugais (TÁVORA, 2010, p.412-413).

No sistema norte-americano, o *Spousal Privilege* reconhece que os cônjuges não podem ser considerados testemunhas comuns. Assim, a existência de tal privilégio se justifica sob o fundamento da necessidade de preservar a harmonia marital. De forma que, se criou a regra um cônjuge não poder testemunhar contra o outro. Entretanto, percebe-se que no decorrer do século XX esta regra tem sofrido mudanças em virtude de princípios que ressaltam a primazia da realidade e as circunstâncias do caso levado a julgamento.

Segundo a teoria interpretativa ou moralista de Ronald Dworkin, o jurista não é totalmente livre de valoração, pois, consciente ou inconscientemente a moral do operador do direito influencia na sua interpretação da norma ou princípio jurídico.

Para Dworkin, a argumentação que os juízes e advogados utilizam é uma atividade interpretativa, mas para ele isso não significa retirar do discurso jurídico a objetividade que o interprete deve ter. "Para Dworkin, o próprio ato de interpretar (isto é, de conferir sentido a uma atividade) pressupõe que a atividade a ser interpretada cumpre uma finalidade e tem um objetivo, não podemos nos engajar na interpretação sem esse pressuposto" (MORRISON, 2012, p.500)".



Sendo assim, para Dworkin, a prática judicial argumentativa é o reflexo da melhor interpretação moral da norma aplicada a determinado caso. Cada caso terá uma resposta jurídica correta, não podendo o julgador se abster de julgar.

Dworkin expressa em sua obra "O Império do Direito" que o positivismo jurídico é apenas uma situação fática, mas nem sempre é fácil aplicar o direito aos fatos, pois, existe o que ele chama de "Hard Cases", ou casos difíceis. Esses são casos em que as regras jurídicas positivadas no ordenamento não podem ser aplicadas por estarem em conflito com outra norma. Para resolver esses casos, o interprete do direito precisa utilizar outros meios, como decisões políticas e principalmente os princípios, pois esses têm uma abrangência maior que as regras.

Assim, quando não houver regra clara para solucionar um caso, estando esse caso em uma zona de obscuridade ou de periferia, o juiz pode atuar discricionariamente através sobretudo de princípios, criando dessa forma um novo direito, salientando que Dworkin defende o sistema de criação de precedentes, ao criar o novo direito o julgador não deve se desprender abruptamente do que vem sendo construído pelos juízes anteriores, o operador do direito deve adaptar o que já foi construído ao caso presente, para não gerar uma insegurança jurídica, e para explicar tal sistema ele usa a metáfora dos romancistas em cadeia, em que um romancista ao criar o seu próprio romance já leu outro antes, então o romance novo será a continuação do antigo, não algo totalmente livre.

Dworkin distingue a discricionariedade jurídica entre fraca e forte. A primeira ocorre quando a lei é clara e o jurista consegue aplicar o fato a norma de maneira direta. Na forte, o jurista vai precisar recorrer a outros meios, pois não pode utilizar o que a lei já tenha estatuído por questões de conflito normativo ou não por não ter previsão legislativa do caso que ele esteja julgando.

Para resolver os *hard cases*, Dworkin cria a metáfora do juiz Hércules, em que esse juiz "é um advogado de habilidades, sabedoria, paciência e perspicácia sobre-humanas" (DWORKIN, *apud* MORRISON, 2012, p. 508). O juiz Hércules, diante de um caso difícil, deve criar teses políticas que são importantes para a resolução da lide, observando os princípios



e práticas judiciais presentes no ordenamento, aplicando então ao caso, a tese que melhor se adequa a esses critérios.

Ademais, para Dworkin, um caso difícil se identificaria conforme a precisão da linguagem, conforme a objetividade da linguagem das normas e conforme seja ou não objeto de um confronto de informações razoáveis (COELHO, *online*)

Pode se perceber que tal ocorreu quando do julgamento de *Hawkins* contra Estados Unidos, no qual um indivíduo (*Hawkins*) foi condenado por violar o *Mann Act* por transportar uma moça do Estado de Arkansas até Oklahoma com propósitos imorais e a sua esposa foi permitido testemunhar contra ela, apesar da objeção deste.

Observa-se, neste caso judicial, que a corte não pretendia abandonar uma regra de vários séculos, porém, firmaram a opinião que qualquer regra que impede a descoberta da verdade em uma corte, impede que se realize a justiça. Neste sentido afirmaram que “Certamente razão e experiência requer que façamos mais do que entrarmos em meras suposições ingênuas baseados nesta antiga regra em que prevalece o interesse da tranquilidade doméstica” (*Hawkins* contra Estados Unidos, p. 125).

O resultado neste caso foi a não consideração do testemunho da esposa como um erro, uma vez que, de fato, apesar de o casal estar legalmente casados, de fato o casamento já havia acabado, ou seja, a cumplicidade e a vontade de permanecer juntos, motivo pelo qual a razão e a realidade fizeram com que este *hard case* tivesse como desfecho a aceitação do testemunho da esposa de *Hawkins*.

No caso *Trammel* contra Estados Unidos verifica-se que a Corte mudou a regra do caso *Hawkins* para que o cônjuge/testemunha tenha o privilégio de se recusar a testemunhar contra o seu consorte (*Trammel* contra Estados Unidos, p.40)

Neste caso judicial, *Trammel* foi condenado por causa do testemunho da esposa. A prática ilegal por ele cometida foi o transporte de drogas ilícitas para o território americano. Então, o mesmo apelou sob o argumento de que a esposa ao testemunhar em seu desfavor contrariou o precedente (Caso *Hawkins*), causando assim um erro reversível. Contudo, a Corte rejeitou o seu apelo, que foi baseado no objetivo tradicional do



privilégio. A Corte impediu o uso de uma regra para reverter uma decisão condenatória em sede de Apelação e firmou o novo precedente de que a testemunha também não pode ser compelida a testemunhar ou impedida de testemunhar.

Verifica-se, ainda, que o privilégio não pode ser utilizado em causas onde os cônjuges litigam sendo autores e réus, tal qual uma Ação de Divórcio ou Pedido de Guarda de Criança. Também não se aplica em situações de violência doméstica, tráfico humano e abuso infantil.

Evidencia-se que no tocante aos procedimentos de imigração o privilégio é aplicável. Tal regra tem fundamento no caso *Cahan* contra *Carr*. Entende-se que comunicações privadas entre os cônjuges são confidenciais. O governo terá o ônus de provar que as comunicações não são confidenciais para que as mesmas possam ser admitidas no processo. Entretanto, se houver a alegação de casamento fraudulento para a permanência do estrangeiro nos Estados Unidos a situação pode mudar e a regra poderá não ser considerada pela corte.

Conclui-se que o *Spousal Privilege* é um instituto que tem se mostrado eficaz na solução dos casos difíceis contribuindo para o aprendizado jurídico e também para a prática judicial quando se considera a experiência vivenciada pelo ordenamento jurídico norte-americano, uma vez que os casos analisados demonstraram a ausência de uma discricionariedade plena das cortes para o julgamento dos casos uma vez que as soluções proferidas pelos julgadores dos casos analisados foram encontradas através da hermenêutica do direito já pré-existente para julgar os casos, como queria Dworkin.

REFERÊNCIAS

COELHO, André. Dworkin sobre casos difíceis. Disponível em <http://filosofia.blogspot.com>. Acesso em 14/10/2017.

ESTADOS UNIDOS, *Cahan v. Carr*, 47 F.2ed 604; 9th Circuit, 1931.

_____, *Hawkins* contra Estados Unidos. N.20. Suprema Corte dos Estados Unidos, 358 US 74; 79 S.Ct. 136, LEXIS 115; 3L Ed. 2; 125; 1958.



_____, Trammel contra Estados Unidos, 445 U.S.40; Certiorari to the United States Court of Appeals for the Tenth Circuit, Nº 78-5705; 1980.

LIRA, Rosângela Araujo Viana de, A Argumentação no Sistema do *Common Law*. Um Estudo Comparado em face do *Civil Law*. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco**, Volume 10, Número 21, janeiro/junho, 2005.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: Dos gregos ao pós-modernismo**. 2.ed. Trad. de Jefferson Luiz Camargo; rev. de Gildo Rios. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.

TÁVORA, Nestor. RODRIGUES, Rosmar Alencar. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador. JusPodivm.2010.

.....

DIREITO PENAL





SIGNIFICADO POLÍTICO DA CULPABILIDADE:

ANÁLISE SOBRE A EXPOSIÇÃO DA FACE POLÍTICA DA CULPABILIDADE POR MEIO DA ADMISSÃO DE CAUSAS SUPRALEGAIS DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

.....

Simone de Sá¹

1 SOBRE O SIGNIFICADO POLÍTICO DO DIREITO PENAL

De início, é necessário esclarecer que a definição do significado político da dogmática penal e, conseqüentemente, da culpabilidade, mostra-se, mesmo nos dias atuais, uma tarefa árdua dada a sua complexidade.

Falar de política é falar de poder que, por sua vez, consiste, resumidamente, em condição de mando. Na língua portuguesa, a palavra política indica o “conjunto dos fenômenos e das práticas relativos ao Estado ou a uma sociedade” (FERREIRA, 2014, p. 596).²

A violência é algo inerente ao Direito Penal. Está presente no crime e também na pena imposta pelo Estado como reação ao cometimento prévio de uma infração penal (daí a sua legitimidade).

A pena constitui meio de vigência do Direito que é, por sua vez, condição de existência do Estado. Nesse diapasão, podemos facilmente concluir que, direito, pena e Estado são instituições imbricadas, entrelaçadas, dependentes entre si.

¹ Mestre e doutoranda em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora na área de Ciências Criminais da Faculdade Damas.

² Além disso: “2. Arte e ciência de bem governar, de cuidar dos negócios públicos. 3. Qualquer modalidade de exercício da política (2). 4. Habilidade no trato das relações humanas. 5. Modo acertado de conduzir uma negociação; estratégia.” (FERREIRA, 2014, p. 596)

Acrescente-se que forma de utilização da violência por meio da pena estabelecida pelo Estado é um meio de se constatar o sistema político-social reinante. Dessa concretização do uso estatal da violência através do Direito Penal, surge também a necessidade de observar conjuntamente a sua face política e técnica sob pena de instalar-se uma verdadeira crise.

É exatamente nesse sentido que podemos afirmar que identificar significado político da dogmática penal é encontrar os valores considerados pelo Estado, personalizado em um grupo, temporariamente detentor desse poder, como ideais a serem perseguidos, aplicados, concretizados dentro de sua circunscrição.

Uma das mais claras formas de visualizarmos a existência dessa força política é através das decisões do Poder Judiciário. E, dentre todas as suas decisões, aquelas em que a presença política é mais latente são as que o presente trabalho se ocupa, as de natureza criminal.

A afirmação feita no parágrafo anterior se fundamenta no fato do Direito Penal, no Estado brasileiro, ser *ultima ratio*, por ter natureza jurídica eminentemente sancionadora,³ utilizando de sanções mais incisivas, que restringem bens jurídicos essenciais dos seus cidadãos. A pena é, por isso, a mão mais forte e pesada do Estado, a forma mais evidente de demonstrar a sua presença, força e poder.

O sistema jurídico-penalem si, além de fruto da técnica é também consequência de decisões de natureza política. Ele existe ou é legislado para cumprir objetivos dentro de e para uma sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira (BATISTA, 2007, p. 19). A partir da técnica legislativa do Estado, há a pretensão de serem alcançados objetivos políticos. Isso, com a eleição de valores que, de acordo com um julgamento também político, merecem relevo, proteção ou até mesmo concretização.

³ Segundo Asúa (1945, p. 17), além de Público, o Direito Penal é normativo, valorativo e finalista, tendo a norma e o bem jurídico como polos e cuja natureza é eminentemente sancionadora.



O Direito Penal é, portanto, sempre criado, alterado, para satisfação de necessidades político-sociais. Apesar de considerarmos que esse não é o caminho mais eficaz, é um verdadeiro instrumento de controle, meio de intervenção. É a forma mais incisiva do Estado tentar alcançar os seus fins político-sociais.⁴

Nesse sentido, podemos chegar à conclusão de que, apesar de comumente inexistir na doutrina jurídico-penal brasileira tal reflexão que, diga-se de passagem, é de suma importância para sua compreensão e crítica, o Direito Penal, como conjunto de normas que estabelecem condutas criminosas cominando as respectivas penas, é permeado de significação política, pois, seja no momento da sua criação, através da técnica legislativa, seja na sua aplicação, por meio da atuação do Poder Judiciário, há eleições políticas. Nessa toada, é correta a afirmação de que todo discurso jurídico penal é político e técnico ao mesmo tempo.

Na realidade, o legislador estabelece a pena à uma determinada ação de acordo com opções político-criminais, sem analisar se essa punição cominada satisfaz, concretamente, a função preventiva da pena. O Poder Judiciário, por sua vez, na tarefa de identificação dessas opções, por não encontrar o legislador histórico, acaba por apelar para um imaginário.

Por isso, a ideia de plenitude, a crença de que as leis podem, *per sí*, prever e dar solução uniforme da todos os conflitos de interesse do Direito é ilusória. A partir de uma lei, por exemplo, são imaginadas vontades, efeitos, sujeitos, que constituem certa política

⁴ Relata Zaffaroni (2005, p. 77 e ss) agora fazendo uma ligação necessária para a exata compreensão dos conceitos, que é a partir da definição do Direito Penal que se chega a definição de Dogmática Penal (resultado de caráter universal da atividade intelectual operada em relação do Direito Penal). Porém, é feito o importante alerta de que para a real compreensão do que é Direito Penal ou Dogmática Penal, devem ser considerados elementos não evidenciados na lei penal, mas que tem importância tão marcante quanto. Em outros termos, poderíamos dizer que para se conhecer o complexo Direito Penal não basta a leitura do seu texto puro e simples (necessidade de compreensão), sem observar o "porquê" e o "para que", sem visualizá-lo também como instrumento de intervenção Estatal.

criminal que, por sua vez, opera em um mundo real que não necessariamente é levado em consideração (omissão do contexto político, cultural, econômico, social).

Quando a realidade não é levada em consideração, há a impossibilidade de vincular o Direito Penal à política, gerando o que Zaffaroni chama de alienação política do discurso técnico, acrescentando, todavia, que é possível ocorrer o inverso, a alienação técnica do discurso político.

Acrescenta o mesmo autor (2005, p. 72) que a desvinculação do discurso jurídico-penal com a política abre caminho à arbitrariedade judicial, pois como o discurso teórico não leva em consideração os efeitos sociais reais o método jurídico não torna previsível as decisões que, por sua vez são motivadas pelos mais diversos fundamentos; esvazia de sentido político a discussão teórica, que busca racionalizar o poder punitivo, o que debilita a vigência do método, criando o risco de cair na irracionalidade.

À propósito, é válido salientar que ao darmos ênfase a característica política do discurso jurídico não queremos demonstrar a possibilidade de desprezo à técnica⁵, ou seja, ao método jurídico. Esse destaque tem apenas a pretensão de alertar para uma característica que, diferente da técnica, comumente é esquecida pela doutrina e pela jurisprudência em suas reflexões, críticas e posicionamentos.

Sobre as causas da ausência de destaque da natureza política dos discursos jurídico penais, Zaffaroni (2005, p. 74) aponta como fatores: o fato de estarmos muito imersos na elaboração das consequências das oposições políticas básicas em que se assentam; são produtos acadêmicos geralmente considerados pela jurisprudência apenas ao fim de uma geração onde sobrevivem discursos anteriores e; os discursos jurídico-penais, por configurarem literatura especializada, se dirigem aos acadêmicos que preferem trabalhar aspectos técnicos.

⁵ Segundo Zaffaroni (2005, p. 76), a alienação técnica não se produz quando o político elabora um discurso com fala de articulação técnica, mas quando elabora um discurso que a despreza. Acrescenta ainda que a combinação da alienação técnica com a alienação política permite dar forma técnica para qualquer discurso político.



O método jurídico constitui-se um verdadeiro caminho a ser percorrido pelo Direito em seu processo de concretização. Concede a racionalidade necessária ao sistema jurídico-penal. Permite a existência de certa (e não total) previsibilidade às decisões do Poder Judiciário, ao conceder coerência ao sistema. Além disso, evita a prática do intencionalismo⁶. O resultado da sua eliminação é um discurso político puro, clientelista, oportunista, carente de conteúdo racional.

“Um discurso jurídico-penal bem estruturado é um programa político elaborado com precisão. É uma elaboração intelectual que se oferece ao Poder Judiciário como projeto de jurisprudência não contraditória, adequada às leis vigentes” (ZAFFARONI, 2005, p. 73 e 74).

Como visto, apenas de uma forma geral, podemos fazer a clássica e também correta afirmação de que “a função do Direito Penal é assegurar a existência da sociedade, garantir condições fundamentais e indispensáveis para a vida em comum. Que o Direito Penal atua como sistema de limitação às liberdades individuais, com o objetivo de tornar possível a convivência social.” (ANTOLISEI, 1969, p. 03)

Nos pormenores, identificar a real missão do sistema jurídico-penal exige identificar o significado político do mesmo que, por sua vez, é uma tarefa que exige profunda sensibilidade daquele se dispõe a tal propósito. Isso porque o sentido político pode estar implícito em uma decisão ou, até mesmo, aparentemente omissa em função da intenção de resguardar a integridade moral do seu autor, como negação de ter operado como instrumento de poderes concretos (ZAFFARONI, 2005, p. 74), notadamente, quando incompatível com o que a dogmática penal indica.

Identificar exatamente o significado político da dogmática penal é uma tarefa das mais complexas, é, quiçá, impossível de se concluir, uma utopia, algo que devemos perseguir como muito afincado embora, inevitavelmente, inalcançável.

⁶Para Zaffaroni (2005, p. 75), o intencionalismo pretende que cada discurso seja elaborado de acordo com o interesse político, com plena consciência do teórico. Além disso, quer ver uma coerência ideológica que quase nunca existe, na maioria das vezes, surreal.

Como afirma Zaffaroni (2005, p. 2006), todos nós padecemos de alienação política. Uns mais e outros menos, visto que tal ausência de conhecimento, inevitavelmente, existe, porém de forma gradativa.

O que nos faz concluir que é imprescindível, sob pena de serem gerados todas as consequências já relatadas da existência de alienação política do técnico, a consciência por parte do jurista, da existência dessa face política da dogmática penal a fim de que a concretização do Direito Penal ocorra conforme as necessidades político-sociais atuais.

A referida consciência parte da análise do próprio método de concretização do Direito Penal brasileiro. A via ou abertura sistêmica do Direito Penal para a aparição da sua face política ocorre na própria base de sustentação da técnica: no método atual do Direito Penal.

2 SOBRE A UTILIZAÇÃO DO MÉTODO ENTIMEMÁTICO NA ELEIÇÃO DE CAUSAS SUPRALEGAIS DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E SUA SIGNIFICAÇÃO POLÍTICA

A culpabilidade constitui uma das mais fundamentais garantias presentes no Direito Penal moderno. Com ela há o respeito à pessoa humana e, assim, à suas características mais primitivas. A partir do seu reconhecimento, como elemento indispensável para a existência do crime, a análise do fato, como típico e antijurídico, passa a não ser mais considerada suficiente, tornando-se imprescindível também a reprovação pessoal do seu autor, a partir de uma reflexão que é baseada na essência do ser humano.

O seu conceito foi disseminado ocidentalmente a partir da jurisprudência alemã como um juízo de reprovação pessoal, feito ao autor de um fato típico e antijurídico porque esse, podendo se comportar conforme o direito optou, livremente, por se comportar contrariamente ao direito.



A definição exposta no parágrafo anterior foi reafirmada pela doutrina finalista e, por ter sido acolhida pelo Direito Penal brasileiro atual, será por nós utilizada ao fazermos referência ao vocábulo “culpabilidade”.

Do seu surgimento, apontado majoritariamente como sendo na doutrina de Frank, até os dias atuais, dogmaticamente, a culpabilidade passou por reformulações que tinham por objetivo identificar, a partir do conceito exposto anteriormente, os seus elementos, ou seja, os fatores a serem observados para a constatação da sua existência ou inexistência em um caso concreto.

Foi do termo “livremente”, utilizado em sua definição, que surgiu como pressuposto da culpabilidade a exigibilidade de conduta diversa. Entende-se que a reprovação só deve recair sobre aqueles que tendo a oportunidade de se comportar conforme o direito optam, em detrimento disso, por se comportar contrariamente. Há, portanto, a inexistência da culpabilidade e, conseqüentemente, de crime, quando restar evidente que o agente, mesmo havendo praticado uma conduta típica e antijurídica, assim o fez por não ter liberdade no agir, por faltar-lhe livre-arbítrio, ou seja, juízo livre, capacidade de escolha pela vontade humana entre o bem e o mal, entre o certo e o errado, conscientemente conhecidos.

Considera-se, nesse sentido, que entender como irrelevante a ausência de liberdade no agir é desconsiderar do homem como o é e, conseqüentemente, a Dignidade Humana. Além disso, entende-se que aplicação da pena tem, concretamente, sua finalidade esvaziada uma vez que aquele que pratica um fato típico e antijurídico por não ter tido a opção de agir conforme o direito, não é passível de atender adequadamente a ideia de prevenção especial da pena.

Como se percebe, a culpabilidade surge a partir do reconhecimento da insuficiência da responsabilidade objetiva para constatação do crime, tornando-se imprescindível para tanto a censura do seu autor em face de suas características internas essenciais (a capacidade, a consciência e a liberdade), sendo a exigibilidade de conduta diversa fruto

desse objetivo, já que busca garantir que no caso de ausência concreta da liberdade, não haja a constatação do crime.

Ocorre que o direito, inevitavelmente, é incapaz de prever todos os casos em que há a referida ausência de liberdade ou incapacidade de atuar de forma diferente. É de todo ineficaz qualquer tentativa ou até mesmo pretensão no sentido do sistema jurídico penal lograr êxito nesse sentido. Em que pese a existência de previsões acerca das relações humanas pelo direito, há no mundo fenomênico, na realidade, uma complexidade tão intensa na vivência dessas relações que se torna completamente inviável a definição de todos os casos em que inexiste liberdade.

Mesmo sendo possível a regulamentação de hipóteses, a exemplo do sistema jurídico brasileiro que define a obediência hierárquica e a coação moral irresistível como hipóteses de ausência de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, é inevitável a admissão concreta pelo Poder Judiciário de outras causas não legisladas pelo reconhecimento da insuficiência da lei nessa tarefa, em um Estado que tenha a Dignidade Humana como fundamento.

No Brasil, a jurisprudência se posiciona nesse mesmo sentido. Ocorre que não há a percepção por parte de grande parte da doutrina brasileira e do Poder Judiciário acerca do método utilizado para a constatação supralegal da ausência concreta de liberdade no agir, do "poder agir conforme o direito". Não há a indicação das balizas pelas quais o julgador deverá se nortear na difícil tarefa de identificar a ausência ou a presença de liberdade em um caso concreto. Inexiste, frise-se, um caminho traçado pela doutrina ou mesmo pela jurisprudência para a verificação concreta de uma causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa compatível com a ordem constitucional brasileira.

Resultado disso é a ausência de uma base homogênea em relação à eleição de valores aptos a retirar a liberdade pelo judiciário brasileiro. Existem decisões em que se considera inexigível conduta diversa daquele que falsifica documento para embarcar para



o exterior pelo “sonho de prosperidade”, de “melhores condições de vida”.⁷ Já foi decidido também que a lesão ao corpo da amante do marido da acusada praticada por esta não é culpável por inexigibilidade de conduta diversa, em face da “humilhação” que era sentida no momento da sua prática (Ap. 546.343/9 – Órgão julgador: 5º Câmara – Rel. Geraldo Lucena – RJTACrim 4/113).⁸

A admissão de causas supraleais de inexigibilidade de conduta diversa de forma alguma se contrapõe ao princípio da legalidade. Como referido em linhas anteriores, a função desse princípio, que se afigura como base do sistema jurídico-penal brasileiro, é limitar o poder de punir do Estado, constituindo indispensável garantia a todos que vivem em um Estado de Direito.

Ao serem admitidas causas supraleais de inexigibilidade, em que pese, frise-se, a inexistência de embasamento na lei para a conclusão da decisão e sim do caso, há o respeito e cumprimento à teleologia do princípio da legalidade.

Isso se justifica porque, em detrimento da possibilidade de punir ante a observação pura e simples da lei, que não prevê como inexigível a conduta do agente nos referidos casos, dá-se preferência à liberdade em face do reconhecimento da insuficiência da lei na tarefa de previsão dos casos onde inexistente a liberdade do agir e da compatibilidade desse raciocínio com o sistema constitucional penal brasileiro, notadamente, com a sua base: o princípio da legalidade.

A finalidade do princípio da legalidade é atingida exatamente por isso. Opta-se por aumentar o âmbito de liberdade do acusado em face da percepção dos valores político-constitucionais vigentes e do caso concreto. Essa liberdade do cidadão em face do poder de punir do Estado é exatamente o objetivo último da referida garantia.

No processo de análise relacionado a existência de causa supraleais de inexigibilidade de conduta diversa há uma conclusão contingente uma vez que inexistente a

⁷ RT 787/721 – TRF 2º Região e RT 770/700 – TRF 2º Região.

⁸ Ap. 546.343/9 – Órgão julgador: 5º Câmara – Rel. Geraldo Lucena – RJTACrim 4/113.

simples adequação da premissa “lei” ao caso concreto. O potencial argumentativo do sujeito é que evidenciará a premissa elíptica, que deve ser baseada nos valores políticos constitucionais, determinando a aceitação ou não da conclusão.

Há, portanto, mesmo que, eventualmente, não exista tal reconhecimento na motivação das decisões, isso de forma intencional (a fim de pregar a exata previsibilidade das decisões do Judiciário ou uma simplicidade inexistente) ou não, a adoção do método entimemático em relação à percepção por parte do Judiciário brasileiro acerca das causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, inclusive, com obediência aos limites (negativo/positivo) impostos pelo sistema constitucional penal atual.

Não há o descumprimento do limite negativo por, como dito, estarmos diante de situações onde há o aumento do âmbito de liberdade do cidadão, contemplando-se o caso (limite positivo) e suas peculiaridades para o alcance de uma decisão justa. É, justamente, nesse limite positivo que a face política do Direito Penal é evidenciada.

Ao mesmo tempo em que reconhece na sua estruturação a complexidade da sociedade atual brasileira, ao consentir à solução jurídica de casos não regulados especificamente pelo Direito Penal, como os que se constituem objeto do presente texto, concede racionalidade e segurança jurídica aos ditos casos por se constituir como um método.

O lugar conferido no método à retórica, à argumentação, confere espaço para que possam ser supridas as lacunas da legislação através da concessão do sentido político às decisões. Nesse diapasão, aproxima-se à legislação “fria” à realidade político-social atual.

Os valores identificados pelo julgador como aptos à retirar a liberdade do agente, independentemente de haver ou não a confissão desse fato na motivação das decisões, partem de uma eleição de natureza política.

Por sua vez, a identificação desses valores, considerados hábeis à retirar a liberdade do agente, por parte do julgador, deve partir da correta interpretação da Carta Política vigente. É a Constituição que contempla e indica os valores mercedores de relevo, que torna possível a discussão e o controle acerca da legitimidade dos valores selecionados ou



não pelos julgadores como hábeis à retirar a liberdade do agente em um dado caso concreto.

Essa é a leitura realista acerca do processo de identificação das causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa. Além de compatível com o princípio da legalidade, com um Estado Democrático de Direito que possui como um dos seus fundamentos a Dignidade da Pessoa Humana, se apresenta como método passível de dar soluções até mesmo com natureza marcadamente política de forma técnica na complexa sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ANTOLISEI, Franscesco. *Manuale di Diritto Penale: parte generale*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1969.
- ÁSUA, Luis Jiménez. *La ley y el delito: curso de dogmática penal*. Caracas: Ed. "Andrés Bello", 1945.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hemus, 2005.
- BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal brasileiro. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- _____. *Tipicidade Penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2014.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Míni Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Positivo, 2014.
- FEUERBACH, Anselm V. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- MONTESQUIEU. Do espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma. Trad. João Maurício Adeodato. *Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife*, nº 7. Recife: ed. UFPE, 1996, p. 251-273.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2005.
- WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. Lisboa: Fundação calouste Gulbenkian, 1967.





EXECUÇÃO DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA:

UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA AGNÓSTICA DA PENA



Homero Bezerra Ribeiro¹
Benick Taypto de Santana²

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objeto a recente decisão do Supremo Tribunal Federal no tocante à execução da pena após a condenação em segunda instância antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (HC 126.292/SP e ADC's 43 e 44). Assim, lançando um questionamento sobre os aspectos supostamente positivos que a pena pode gerar na sociedade, tem-se como problema de pesquisa: executar uma pena privativa de liberdade em indivíduos condenados em segunda instância é capaz de gerar que resultados? O objetivo geral dessa pesquisa é pautado em perceber quais os principais problemas gerados no sistema carcerário a partir desta nova interpretação da Constituição Federal pela Corte Suprema. Para isto, tem-se como referencial teórico o paradigma edificado pela teoria agnóstica da pena, tendo como principais representantes Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista e Salo de Carvalho. No que se refere à metodologia, a abordagem utilizada é a qualitativa, pois realizou-se uma pesquisa bibliográfica com análise de conteúdo, baseada na leitura de artigos, livros e revistas acerca do tema. O método utilizado foi o indutivo, pois parte-se das principais ideias expressadas pela teoria agnóstica da pena para analisar o conteúdo emanado pela decisão do STF.

Nas recentes decisões das ADC's 43 e 44, bem como do HC 126.29/SP (BRASIL, 2016a), os ministros do Supremo decidiram permitir a execução da pena (por maioria de 6

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Universidade de Pernambuco. E-mail: homero.ribeiro@upe.br

² Graduando em Direito pela Universidade de Pernambuco. E-mail: benickts97@gmail.com



votos) após condenação em segunda instância, afastando um precedente que estava firmado desde 2009. É fundamental observar desde já, que muito das fundamentações dos Ministros vão para além do disposto no sentido técnico-dogmático, demonstrando claramente a opção político-criminal que os levaram a proferir tal decisão.

A teoria agnóstica da pena, que tem como fundamento base os estudos da criminologia crítica edificados no último quartel do século passado, aposta na redução drástica dos efeitos negativos gerados pela pena, tendo em vista a irrealização das funções almeçadas pela pena (reabilitação do preso, prevenção de delitos, retribuição etc). Assim, procura-se desmistificar e mostrar a falibilidade da função declarada da pena, a qual está presente nas instituições controladoras do Sistema punitivo e seria o ideal de como a pena deve incidir no comportamento do apenado, promovendo a função educativa e o combate à criminalidade; e por outro lado dar ênfase a função real da pena, que é como esta se comporta na prática, em que são inobservadas questões referentes à dignidade humana. Nessa esteira, a teoria agnóstica surge como uma base importante para a crítica da decisão em comento, posto que estabelece de forma lúcida quais os problemas que uma decisão deste tipo pode gerar.

Assim, diante de condições degradantes e estigmatizantes que parecem ser inerentes ao cárcere, torna-se necessário dificultar ao máximo a entrada de cidadãos neste ambiente. Na esteira da decisão da Corte Suprema, o aumento de execuções penais apesar de buscar funções declaradas (positivas), como a diminuição da sensação de impunidade ou mesmo aumento da confiança da sociedade no sistema de justiça criminal, será responsável pelo aumento dos efeitos negativos (não declarados) do encarceramento, como a prisionisação.

2 A TEORIA AGNÓSTICA DA PENA

Este tópico tem o escopo de apresentar a teoria agnóstica da pena e demonstrar sua importância para uma crítica às funções ditas declaradas da pena dentro do contexto no qual se insere o sistema penal brasileiro. É essencial analisar dentro da perspectiva da



teoria agnóstica como se comporta a atual crise do sistema carcerário e que as últimas soluções adotadas pela Corte Suprema, sobretudo no caso das ADC's 43 e 44, estão mais aptas a continuar mantendo um sistema produtor de violências e desigualdades a mover-se na direção oposta.

2.1 APRESENTANDO A TEORIA AGNÓSTICA DA PENA

Surgida a partir do referencial das teorias criminológicas críticas edificadas entre as décadas de 60 e 70 do século passado, a teoria agnóstica da pena apresentou-se como uma crítica às chamadas *teorias legitimadoras ou positivas da pena* (CARVALHO, 2013), numa clara negação das funções tradicionalmente estudadas pelos teóricos penalistas. A criminologia crítica deu o substrato necessário para a criação de nova forma de analisar o sistema penal como produtor e reproduzidor de desigualdades estruturais dentro de um contexto socioeconômico específico. Desta forma, a crise do sistema carcerário não é somente conjuntural, mas também estrutural. Sua crise, na verdade, é sua forma de legitimação dentro de um modelo capitalista excludente. "A criminologia crítica historia a realidade do comportamento desviante e põe em evidencia sua relação funcional ou disfuncional com as estruturas sociais, com o desenvolvimento das relações de produção e distribuição" (BARATTA, 2002, p. 176).

Neste sentido, ao traçar uma crítica ao sistema criminal como responsável por perpetuar as desigualdades no sistema de acumulação capitalista, as teses criminológicas críticas efetuaram também uma profunda reflexão sobre o papel designado pela pena dentro deste sistema. Esta matriz criminológica abriu a possibilidade de desvelar os discursos declarados sobre a pena, responsáveis por encobrir suas reais finalidades, tal sejam garantir a estigmatização sobre determinados indivíduos, previamente selecionados pelos filtros do sistema punitivo desde o momento da persecução criminal.

Assim, enquanto oficialmente os discursos do sistema punitivo declaram perseguir igualmente os indivíduos, garantindo a paz e a convivência harmônica da sociedade, na realidade há uma seletividade intrínseca, garantido a manutenção das desigualdades



socioeconômicas e a manutenção de determinados privilégios nas mãos dos que detém o poder.

Nesse sentido assevera Andrade (1997. p. 31-32):

A eficácia invertida do sistema penal é consistente no fato de que a função latente e real deste é construção seletiva da criminalidade e, neste processo, a reprodução material e ideológica, das desigualdades e diferenças sociais (de classe, gênero, raça) e não o combate da criminalidade, com a proteção de bens jurídicos universais e geração de segurança pública e jurídica.

É bem verdade que a teoria agnóstica se distancia das teorias críticas da criminologia ao trabalhar ainda com a hipótese de a penacumprir uma função de restrição do poder punitivo do Estado, afastando-se do ideal abolicionista. Assim, as bases da criminologia crítica servem de fundamento necessário para crítica do sistema penal defendida pela teoria agnóstica, porém as estratégias para dirimir ou mesmo acabar com a perversidade dos efeitos do sistema criminal são diferentes, pois a teoria agnóstica ainda encara a necessidade existência do direito penal como forma de reduzir a própria intervenção estatal sobre os indivíduos, longe, é claro, de qualquer pretensão positiva para a pena dentro da ordem social, assim como defendem os teóricos tradicionais (CARVALHO, 2013. p. 147).

Dentro deste cenário, a teoria agnóstica da pena traça uma profunda crítica às principais teses discursivas que fundamentam a pena. Ideias como a retribuição e a prevenção, tão presentes nas teorias tradicionais da pena, não passam, para a tese agnóstica, de elementos discursivos que encobrem suas reais funções.

2.2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE AS TEORIAS DA PENA

As teorias da pena têm sido tradicionalmente separadas em três troncos distintos: a) as teorias absolutas; b) as teorias relativas e c) as teorias ecléticas ou mistas.

Numa síntese apertada, as teorias absolutas apontam que a pena teria como finalidade punir o indivíduo pelo mal que causou à sociedade, resumindo-se a pena num



mal necessário imposto pelo Estado ao indivíduo. A pena, neste sentido, assumiria a função de retribuir o mal causado pelo indivíduo ao corpo social, consubstanciando-se claramente numa espécie de vingança pública – castigo – pelo dano social causado pelo sujeito. Denomina-se de absoluta porque a pena não teria nenhuma função social a não ser castigar o indivíduo. Alguns de seus principais representantes foram Kant e Hegel (CARVALHO, 2013, p. 53-60), que partem do pressuposto de que o castigo imposto pela pena é legítimo diante do mal provocado pelo indivíduo transgressor. Seria uma espécie de mal legítimo diante do mal injustificável protagonizado pelo criminoso.

Já as teorias relativas defendem que como pressuposto fundamental, a pena teria de cumprir alguma função social, prevenindo que delitos pudessem ser cometidos no futuro. Algumas teorias estão mais relacionadas à ideia de prevenção do todo social ao cometimento do delito – prevenção geral – e outras se relacionam com a tese de prevenir que indivíduo delinquentes cometesse novos crimes no futuro – prevenção especial. Todas elas guardam em comum a ideia da prevenção em relação ao perigo do crime, enquanto as teorias absolutas se concentram essencialmente no caráter aflitivo da pena sobre o indivíduo.

As teses retribucionistas sofrem pesadas críticas de seus fundamentos, principalmente na falta de definição de contornos claros sobre os limites das penalidades, podendo gerar uma espécie de regressão ao infinito. A retribuição neste sentido levaria a fatídicas respostas que passariam, inicialmente, pelas prisões perpétuas, torturas e chegaria até a pena de morte (ZAFFARONI; *et al*, 2006. p. 97-113).

No ramo das teorias relativas, as teorias da prevenção especial guardam uma profunda relação com a criminologia positivista, edificada entre o final do século XIX e a primeira metade do século XX. Seus pressupostos centram-se na necessidade de recuperar o indivíduo que cometeu um delito, no sentido de fornecer um conjunto de métodos e procedimentos eficazes que consigam tratá-lo e reinseri-lo na sociedade. Assim, a pena estaria mais relacionada com a prevenção da periculosidade dos potenciais criminosos, tratando-os de forma adequada para que pudesse retornar ao convívio social sem a



possibilidade de cometer novos crimes. Essa teoria sofreu inúmeras críticas sobretudo por sua postura objetificante em relação à pessoa que estaria recebendo a punição. Assumir que função punitiva estaria mais voltada ao tratamento e não ao castigo do delinquente levaria ao chamado direito penal da periculosidade, muito mais preocupado com a personalidade do indivíduo potencialmente perigoso em vez de seu ato.

Já as teorias da prevenção geral concentram suas bases na ideia de que a pena serviria para prevenir todo o corpo social de cometer novos delitos. A pena então teria um significado simbólico: passaria uma mensagem para a sociedade sobre a negatividade do delito. Dentro da prevenção geral sobressaem duas correntes: a prevenção geral negativa e a prevenção geral positiva. A primeira estaria mais identificada com a ideia de dissuasão social, servindo a pena como uma espécie de instrumento capaz de coagir os indivíduos a cometerem delitos. Seria, dessa forma, uma espécie de contramotivação social para evitar a volta para regimes de exceção. Já a segunda se identifica com a tese de que a pena cumpre uma função de coesão social, na medida em que, a partir da penalização de alguém pelo cometimento de um delito, geraria uma unidade do corpo social em torno da repulsa do ato criminoso, além de um sentimento geral de crença nas instituições que estariam cumprindo seu papel punitivo.

A prevenção geral negativa abarca um tipo de posicionamento que também carece de uma reflexão maior sobre o papel da pena, principalmente porque analisa a sociedade mecanicamente, acreditando que uma penalização pode, *ipso facto*, gerar uma intimidação social a ponto de ninguém mais ser estimulado a cometer o delito. Além disto, não há estudo empírico capaz de demonstrar esta eficácia da pena. Muito pelo contrário, é só observar a realidade brasileira para ver que, mesmo diante de penalizações mais graves a determinados delitos – ex. Tráfico de Drogas – o número de crimes só fez aumentar nas últimas décadas. Ora, apostar na pena como forma de dissuasão social levaria também ao protagonismo do direito penal frente aos outros ramos do direito, fato que quebraria com a subsidiariedade do direito penal frente à resolução de conflitos sociais.



A teoria da prevenção geral positiva conquistou inúmeros adeptos, sobretudo com a entrada do funcionalismo na dogmática penal. Um dos principais representantes desta teoria é Jakobs Günter, conhecido por ser adepto do funcionalismo sistêmico. Neste sentido, Jakobs assim aponta:

El resultado alcanzado -la pena como confirmación de la configuración de la sociedad- tiene puntos de estrecho contacto con una teoría reciente de acuerdo con la cual la pena tiene la misión preventiva de mantenerla norma como esquema de orientación, en el sentido de que quienes confían en una norma deben ser confirmados en su confianza. Se habla de prevención general positiva -no intimidatoria, sino, como se ha dicho, confirmatoria-, es decir, de una confirmación frente a todos (GÜNTER, 1998. p. 32).

Porém, a defesa de que a pena teria como função o reforço de determinados valores já fora bastante criticada, como se pode ver nos trabalhos de Carvalho (2013) e Zaffaroni (2013) pois pode, por um lado, servir de fundamento para qualquer tipo de Estado, quer seja democrático ou de exceção. Ora, nos períodos de exceção, a penalização sobre os chamados inimigos tem como fundamento discursivo justamente a necessidade de passar uma mensagem positiva para os demais cidadãos, de que as normas estão sendo cumpridas, reforçando a coesão social. É só observar os discursos apregoados no nacional-socialismo alemão ou mesmo os discursos de segurança nacional trabalhados pelas ditaduras latino-americanas.

Além das teorias absolutas e relativas, ganharam espaço, sobretudo do final do século passado para este, as chamadas teorias ecléticas ou mistas. Estas teorias tentaram unir pressupostos das correntes absolutas e relativas, numa tentativa de diminuir os pontos negativos gerados pela utilização isolada das teorias. Ocorre que, apesar dos esforços, as teorias mistas acabavam por aumentar o rol de críticas, já que ao juntar pressupostos das teses absolutas e relativas, o número de problemas não se corrigia mutuamente. Ora, as bases teórico-filosóficas das teorias da pena são tão profundamente díspares que não se podia fazer uma união acreditando que o número de problemas diminuiria. Não se dava, por exemplo, para unir os pressupostos da teoria da prevenção geral negativa com a teoria absoluta numa tentativa de que aquela reduziria os efeitos



perversos desta, posto que justamente ocorreria o inverso. Os problemas de falta de limites da teoria retributiva acabaria por serem ampliados pelos impulsos totalitários que assumiria a prevenção geral negativa.

2.3 O CONTRAPONTO DA TEORIA AGNÓSTICA DA PENA

Para a teoria agnóstica da pena, não há qualquer fundamentação racional para a pena. Não há como buscar um fundamento legítimo para a imposição de uma penalidade pelo cometimento de um ato delituoso. A pena seria um ato de poder, ligada à política, não um ato jurídico em si. Sendo assim, qualquer teoria que se passe a tentar justificar a imposição de uma pena estaria encobrendo suas reais finalidades, estas desconhecidas para o mundo jurídico. Nesse sentido, a teoria agnóstica vai buscar, em Tobias Barreto, a bases percussoras de suas hipóteses:

O conceito da pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político. Este ponto é capital. O defeito das teorias correntes em tal matéria consiste justamente no erro de considerar a pena como consequência de direito, logicamente fundada; [...]

Quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra. (BARRETO, 1892. p. 177-178).

Ora, a falta de fundamentação racional para a pena não gera nenhum tipo de *niilismo* jurídico ou mesmo leva ao *caos da barbárie social*. Apenas se coaduna com o fato de que não há como justificar um ato essencialmente de poder, ligado à política. A teoria agnóstica, surge do fracasso das teorias tradicionais da pena em torno das funções reais da pena, e, dessa forma, "não se trata de desentranhar um conceito ôntico de pena em sentido pré-jurídico, mas de construir um conceito jurídico – limitativo – que demanda referências ônticas, pois elas são as únicas capazes de dotá-lo de eficácia reguladora e limitante" (ZAFFARONI; *et al*, 2006. p. 99).

Assim,

Ao reconhecer a pena como um instrumento do poder punitivo instituído, o discurso agnóstico nega sua constrição ao jurídico, sobretudo porque esta perspectiva tradicional que aprisiona o fundamento das sanções ao direito (1º) pressupõe a apoliticidade (neutralidade) do fenômeno punitivo, cujo efeito é o de



(2º) obscurecer a seletividade penal. Portanto, a pena, como um ato de coerção imposto pela agência punitiva, legitima-se e realiza-se no campo da política, e não do direito" (CAVALHO, 2013 p. 147).

Neste sentido, dentro de uma perspectiva democrática, a função do Direito Penal é de limitar esse poder punitivo, numa tentativa de coibir os excessos desse mesmo poder. Cabe ao papel do direito, sobretudo do direito penal, longe de todas aspirações positivistas de neutralidade axiológica, conferir racionalidade ao que já é fundamentalmente irracional: a intervenção punitiva do Estado.

Cabe então, ao discurso jurídico, o papel de contenção do poder punitivo do Estado, estabelecendo balizas racionais para conter a irracionalidade da pena. A pena é um problema social em si, já que estabelece um ato de poder que tende ao descontrole. Não se pode, portanto, justificar racionalmente a pena, dentro do arcabouço jurídico-filosófico, levando a crer da sua necessidade, mesmo que seja maléfica, para resolver graves problemas sociais. O escopo da dogmática penal é de fornecer meios não para legitimar a imposição da pena, mas sim para construir remédios aptos para redução dos graves danos gerados pelos efeitos da intervenção penal. Nesse sentido, a Constituição deixa clara sua opção por, na intervenção penal, fornecer garantias e remédios aptos a limitar o agir estatal e respaldar o indivíduo frente à irracionalidade do poder punitivo. "Trata-se de um programa de luta pelo poder jurídico de limitação e redução, que se sintetiza numa formidável pugna pela progressiva realização do princípio de subordinação máxima à lei penal" (ZAFFARONI; *et al*, 2006. p. 99).

No próximos tópico, iremos novamente retomar o debate sobre a teoria da prevenção geral positiva, principalmente porque seus pressupostos são facilmente encontrados nos votos de grande parte dos ministros favoráveis à execução da pena após a condenação em segunda instância sem haver o trânsito em julgado. Profundamente influenciada pela entrada do funcionalismo na teoria dogmática, esta teoria entrou de forma brusca no discurso do Poder Judiciário, principalmente por facilitar a utilização de



argumentos de política criminal dentro do discurso da dogmática, antes fechada dentro de um modelo autorreferencial.

Ora, a possibilidade de subverter a dogmática, considerada “essencialmente garantista”, através de um discurso fundamentalmente centrado nas funções que o direito penal deve cumprir dentro do sistema social, gerou uma nova configuração das decisões judiciais sobre casos penais de grande relevância, sobretudo porque o linguajar técnico, centrado em problemas eminentemente normativos, foi substituído por um discurso que evoca sobretudo considerações sobre política criminal de forma mais explícita possível. Não somente a dogmática tradicional é deixada de lado, mas também há o incremento do discurso da defesa social, na tentativa de resolver graves problemas sociais através do reforço da intervenção penal tão combatido pela criminologia crítica e a teoria agnóstica da pena.

É isto o que se observa nos votos favoráveis à condenação em segunda instância (HC 126.292/SP e ADC's 43 e 44), em que o debate sobre as funções – positivas – da pena foram abertamente explicitadas pelos ministros para liberação da execução penal após segunda instância³. Nessa esteira é o votado Ministro Barroso:

(...) o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Não se pode dizer que os Ministros são claramente adeptos a uma ou outra teoria da pena. Não cabe aqui fazer este tipo de análise. O que se mostra importante aqui neste pequeno ensaio é apontar que os discursos apontados por uma parte dos Ministros do STF nos votos do HC acima explicitado vão ao encontro das teorias legitimadoras da pena,

³ Sobre a questão da fundamentação dos Ministros, ler sobretudo os votos de:



justificando assim um expansionismo penal que infligem a própria dogmática redutora de danos proposta dentro do arcabouço normativo brasileiro.

3 UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS VOTOS NAS ADCS 43 E 44

Faz parte do estudo aqui desenvolvido, ainda, uma análise acerca dos votos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, com o escopo de verificar as argumentações utilizadas a partir da teoria agnóstica da pena. Além do mais, é necessário trazer um breve esboço histórico do entendimento jurisprudencial da Corte Suprema acerca da execução provisória da pena.

A questão em voga começou a fazer parte, e assim suscitando debates jurídicos, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, com o julgamento em 28 de junho de 1991 do HC 68.726/DF, de relatoria do Min. Néri da Silveira, corroborando com a tese de que a presunção de inocência, também chamada de presunção de não culpabilidade, não inviabiliza uma prisão decorrente de um acórdão proferido em grau de apelação. Esse entendimento não mudou até o julgamento do HC 84.078/MG em 2009, sendo o relator o Min. Eros Graus, quando, por sete votos a quatro, o Supremo Tribunal Federal conheceu como ilegítimo a execução da pena como efeito de decisão condenatória recorrível. Cerca de 7 anos depois, no julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do Min. Teori Zavascki, o entendimento de que é cabível uma execução da pena, mesmo quando pendentes os recursos especial e extraordinário, volta à tona.

Exposto isso, passamos a analisar as Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44 propostas pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados (CFOAB), as quais foram impetradas em razão da decisão proferida pela Corte Suprema no HC. 126.292. A alegação é a de que na decisão ficou fora de análise o art. 283 do Código de Processo Penal, dada redação pela Lei nº 12.403 de 2011, o qual aduz:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença



condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (BRASIL, 1941).

Ademais, pode-se citar, ainda, o que está disposto no art. 5, LVII, da Constituição Federal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). São desses dois dispositivos supracitados que surgem as divergências doutrinárias acerca da possibilidade ou não da implementação, no ordenamento jurídico brasileiro, de uma prisão sem necessidade de o processo atingir o status de coisa julgada. Assim, a partir da análise desses dispositivos jurídicos uma série de interpretações, das mais variadas teorias hermenêuticas e das funções da pena, são expostas.

Antes de se deter em uma análise estritamente dogmática da questão, é substancial, com base nas matrizes críticas que fundamentam a teoria agnóstica, reconhecer que a pena não dispõe de nenhuma característica positiva, e, portanto, não deve ser utilizada como meio de manutenção da ordem social, intimidação etc. Entretanto, o que se observa nas linhas de cada voto é justamente o oposto: a pena com uma finalidade social positiva. Nesta senda, nas linhas do Min. Luís Roberto Barroso é fácil identificar tal questão, primeiramente ele relata que “em toda sociedade democrática, o direito penal tem um papel importante a desempenhar. O mais destacado deles é o que a doutrina denomina de prevenção geral” (BRASIL, 2016b, p. 11). Para justificar sua escolha, o referido ministro faz uma recapitulação de vários casos em que a morosidade judicial gerou impunidade, criando um descrédito da sociedade no aparato jurídico-penal, e elabora a ideia de que é punindo pessoas em grau recursal (quanto antes punir, melhor) que amenizaremos o problema. Assim, está exposto que há realmente uma crença nos elementos sancionadores provenientes do Direito Penal, e em específico, a pena privativa de liberdade, como solução das mazelas sociais.

Permanecendo nessa questão, ainda, o Min. Edson Fachin cita uma série de casos em que o Brasil é processado diante da Comissão e da Corte interamericana de Direitos humanos por não punir os responsáveis, em prazo razoável, pelos crimes cometidos no



país, justamente pela lenta e deficiente persecução penal dos réus. Esse é o elemento justificador de uma postura mais punitivista do seu voto, usado para o Estado não sofrer mais sanções internacionais pelo mesmo motivo (BRASIL, 2016c). O Brasil foi condenado diversas vezes justamente por não punir os acontecimentos bárbaros da sociedade, mas não é colocando mais pessoas nos cárceres, sem se importar realmente com a efetivação das prerrogativas constitucionais que lhe são asseguradas, que o problema poderá ser atenuado. Além disso, o Ministro não ressalta quais aspectos específicos que envolvem cada condenação pela Corte Interamericana do Brasil, tendo em vista que a morosidade judicial pode ser dada por inúmeros fatores de ordem político-estrutural das instituições, e não pelo instrumento da execução da pena após efetivo trânsito em julgado. Edson Fachin acaba por esquecer que, em se tratando de Direitos Humanos e sua efetivação, falar em cárcere também é negligenciar tais direitos.

Uma ressalva pode ser feita aqui: a teoria agnóstica como descrente em uma função positiva da pena caminha para uma teleologia redutora, isso acontece por acreditar que o sentido inerente à pena é a presentificação do Estado, em outras palavras, a necessidade de demonstrar sua existência por meio de ingerências violentas, e esse reducionismo acaba indo em contrapartida ao analisado nos votos, os quais, em sua maioria, caminham para uma expansão punitivista (CARVALHO, 2013). Assim, não sendo o modelo punitivo um elemento de solução de conflitos (como propõem os ministros ao tentar reparar a ordem social por meio do Direito Penal), mas sim de decisão vertical de poder, constitui-se erro acreditar que o punitivismo trará resultados benéficos ao âmbito social (ZAFFARONI, 2013). Todo esse panorama pode ser influenciado pelo contexto globalizado em que vivemos, no qual as informações circulam rapidamente e as empresas midiáticas criam na sociedade um clamor exacerbado por vingança camuflada de “justiça”, e essa, por sua vez, acaba rotulando os juízes de inimigos da sociedade, pois esses precisam, em tese, efetivar os direitos e garantias básicas de todo cidadão. Essa pressão que os juízes sofrem, faz com que muitos cedam aos clamores populares de punição (ZAFFARONI, 2013).

Continuando a análise argumentativa, constata-se que alguns ministros consideram a presunção de inocência como sendo um princípio e não regra, o que acaba por dar-lhes



maior flexibilidade na argumentação, pois usam a ponderação de valores. E essa é uma técnica colocada ao dispor do intérprete para que, em situações de conflito, ele decida qual bem constitucional deve prevalecer sobre o outro (BULOS, 2015). Aqui não se faz contraponto a ideia de que direitos fundamentais não podem ser sopesados, pois considera-se “que nenhuma ordem jurídica pode proteger os direitos fundamentais de maneira ilimitada” (SARLET, 2015), mas sim a idealização de que a presunção de inocência é princípio, e não regra.

Por fim, fica clara, na averiguação dos votos, a alegação no sentido da interposição de inúmeros recursos com o intuito de procrastinar o processo, o que ocasiona, inúmeras vezes, a perda da pretensão punitiva do Estado ou uma diferença no lapso temporal enorme entre o cometimento do delito e a execução da pena. Nesta esteira, aponta Teori Zavascki:

E não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória (BRASIL, 2016d, p. 19).

O que foi feito na Suprema Corte foi a diminuição da incidência protetiva de uma regra constitucional, em detrimento da prodigalização do uso dos institutos recursais. Propomos, entretanto, que a solução, como aponta o Min. Celso de Mello:

há de ser encontrada na reformulação do sistema processual e na busca de meios que, adotados pelo Poder Legislativo, confirmam maior coeficiente de racionalidade ao modelo recursal, mas não, como se pretende, na inaceitável desconsideração de um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos desta República fundada no conceito de liberdade e legitimada pelo princípio democrático (BRASIL, 2016e, p. 4).

Em síntese, detecta-se na nossa análise argumentativa que os elementos teóricos que fundamentam a teoria agnóstica e as opiniões emitidas pelos ministros, no julgamento das ADCs 43 e 44, caminham em sentido diametralmente oposto. Enquanto o



primeiro prima por uma dogmática reducionista, o segundo se caracteriza por adotar uma expansão punitiva.

4 EFEITOS NEGATIVOS PROVENIENTES DA DECISÃO INCIDENTES NA SOCIEDADE

Sabendo que essa decisão possui um grande impacto na sociedade, surge como fator relevante a discussão das possíveis implicações práticas inseridas na temática, no que tange aos efeitos negativos que acompanham a pena. Assim, se caminhamos para uma expansão punitiva, conseqüentemente observaremos uma maior incidência dos seus efeitos no seio social.

Com a possibilidade de interposição de recursos especial e extraordinário é perfeitamente possível que pessoas que não tenham cometido crimes e foram condenadas na instância recursal, consigam uma sentença que as absolve sem precisar passar pelo cárcere. Entretanto, com a possibilidade de execução provisória da pena cria-se o risco de atribuir o status de desviante a uma pessoa que não desviou, e essa estigmatização produz uma espécie de profecia autorrealizadora, isto é, o status “produz mecanismos que conspiram para moldar a pessoa segundo a imagem que os outros têm dela” (BECKER, 2008, p. 44). Isso se dá, pois:

“após ser identificada como desviante, ela tende a ser impedida de participar de grupos mais convencionais, num isolamento que talvez as conseqüências específicas da atividade desviante nunca pudessem causar por si mesmas caso não houvesse o conhecimento público e a reação a ele” (BECKER, 2008, p. 44).

4.1 A PRISIONIZAÇÃO: ASPECTOS GERAIS

Outro ponto importante a ser citado é a aprisionização, pois, é, talvez, o mais nefasto efeito da prisão. O termo, de alcunha do autor norte-americano Donald Clemmer, guarda relação com a ideia de aculturação, porém, relacionada ao processo de assimilação da cultura prisional. Assim, pode-se definir a prisionização como sendo o processo pelo qual o indivíduo se adapta ao cárcere através da aquisição dos valores e regras próprias daquele



ambiente. Isso acontece tanto em sentido formal, referindo-se à total submissão às regras e normas administrativas que regem o ambiente carcerário, como em sentido informal, quando falamos na efetiva integração do indivíduo à comunidade prisional, assimilando valores e participando das relações sociais que se dão no ambiente interno entre os apenados. Consiste, na verdade, em um processo natural, e que por sê-lo, é inerente a qualquer indivíduo que seja submetido à prisão, diferenciando-se apenas, quanto ao maior ou menor grau de absorção de indivíduo para indivíduo. Esse grau de prisionização, segundo Lobosco (2009), depende diretamente do lapso temporal em que o agente é submetido ao ambiente prisional e da sua estrutura psíquica, que determinará o quão suscetível ele será à absorção dos valores do cárcere.

Oferecido um breve conceito, não é difícil perceber que a estadia no cárcere, propiciada pela execução provisória da pena, não é um elemento que semeia a integração social, muito pelo contrário, os separa da convivência integrativa, adaptando os apenados com os modos de viver próprios da prisão, os quais não se compatibilizam com as maneiras de convivência fora da prisão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessarte, constatamos que a decisão aqui questionada da Suprema Corte, além de desprezar a prerrogativa constitucional da presunção de inocência, contribui para uma coletividade cada vez mais caótica e baseada na punição desenfreada, o que serve apenas para conter os anseios do senso comum, ludibriados pela sensação de segurança que a punição carrega consigo. Assim, ao invocar discursos mais ligados às funções tidas por positivas da pena, o STF está na realidade tornando efetivos as funções não declaradas da pena, como a seletividade, estigmatização e prisionização.

Os ministros parecem não levar em conta que o cárcere é permeado de graves problemas, e então, despeja pessoas nesse ambiente sem sequer chegar à fase final do seu julgamento. Ainda assim, tratam a sanção penal como fonte de solução dos problemas e



não como elemento reprodutor das mazelas, desigualdades e seletividades da coletividade humana.

Além de tudo, sabendo dos complexos problemas que fazem parte do Sistema de Justiça Criminal, é preciso difundir, cada vez mais, as ideias do minimalismo penal e da necessária contenção da pena nos Estados democráticos, pela razão de que os complexos problemas inerentes ao sistema e incidentes na sociedade são minimizados quando o próprio sistema não consegue atuar de forma abrangente e irreduzível.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica: do Controle da Violência à Violência do Controle Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1892.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Trad: Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. Código de processo penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do *Habeas-corpus* nº 126.292. Relator: ZAVASCKI, Teori. São Paulo, 17 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 13 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44. Publicado em 5 out. 2016. Relator: AURÉLIO, Marco. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-prisao-antes.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44. Publicado em 5 out. 2016. Relator: AURÉLIO, Marco. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2017.



_____. Supremo Tribunal Federal. Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44. Publicado em 5 out. 2016. Relator: AURÉLIO, Marco. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44. Publicado em 5 out. 2016. Relator: AURÉLIO, Marco. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43TZ.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44. Publicado em 5 out. 2016. Relator: AURÉLIO, Marco. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2017.

BULOS, UadiLammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GÜNTER, Jakobs. **Sobre la teoria de la pena**. Colômbia: Universidad Externado de Colombia. 1998.

LOBOSCO, Fábio. **Prisionização: múltiplos aspectos da assimilação prisional**. São Paulo, 2009. Disponível em <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/985/R%20DJ%20Prisoniza%C3%A7%C3%A3o-%20f%C3%A1bio%20lobosco.pdf?sequence=1>> Acesso em 16 de jul. de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Trad. Sérgio Lamarão. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl ; BATISTA, Nilo; Alejandro Alagia; Alejandro Slokar. **Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

.....



O COMPLEXO DO CURADO EM PERNAMBUCO E A POPULAÇÃO LGBTT EM PRIVAÇÃO DE LIBERDADE:

UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICO-CRÍTICA A PARTIR DA INTERVENÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

.....

Marília Montenegro Pessoa de Mello¹

Neon Bruno Doering Morais²

Gustavo Pires de Carvalho³

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

O estudo criminológico-crítico queda-se inerte quanto aos efeitos da cultura heteronormativa nos processos de criminalização, vitimização e situação carcerária dos LGBTT em privação de liberdade. Igualmente, o Sistema de Justiça Criminal está estruturado para trabalhar apenas com os dois sexos tradicionais prevalecentes na sociedade: o sistema prisional é marcado pelo dimorfismo sexual e as vidas que lá se desviam desse padrão binário (homem/mulher) são consideradas precárias, dado que estão em maior situação de vulnerabilidade.

A lógica binária sexual estabelece no sistema prisional um padrão heteronormativo, uma vez que as prisões são instituições preparadas para encarcerar apenas homens e mulheres (ARCELO; SILVA, 2016). Movimentos (*queer*) recentes em criminologia despertaram para essa questão.

¹ Professora da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) e da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pesquisadora do Grupo Asa Branca de Criminologia e coordenadora do Grupo Robeyoncé de Pesquisa-ação.

² Mestrando pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), advogado e servidor da Defensoria Pública da União (DPU). Pesquisador do Grupo Asa Branca de Criminologia.

³ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e vinculado ao programa de iniciação científica da Fundação de Amparo à Ciência e Tecnologia de Pernambuco (FACEPE). Pesquisador do Grupo Asa Branca de Criminologia e extensionista do Grupo Robeyoncé de Pesquisa-ação.



Durante muito tempo, esse silêncio da criminologia enrijeceu ainda mais a cultura ocidental, e na construção de uma verdade científica sobre o sexo, justificou e ainda justifica práticas homofóbicas do Estado. Welzer-Lang (2001, p. 465) conceitua a homofobia como “a discriminação contra as pessoas que mostram, ou a quem se atribui, algumas qualidades (ou defeitos) atribuídos ao outro gênero”. Quando essa modalidade de violência é produzida por instituições, denomina-se homofobia de Estado (CARVALHO, 2017).

Salo de Carvalho (2017, p. 201) comenta sobre ausência de diálogo entre a criminologia e teoria *queer* e fala da necessidade de tensionar estes discursos. Confirma-se:

[...] tensionar os discursos criminológicos ortodoxos e críticos a partir dos avanços irreversíveis deflagrados pelas teorias *queer* e feminista nas ciências sociais, avaliando os seus impactos e as condições de possibilidade de reconhecimento de uma criminologia *queer* (*queercriminology*) ou desenvolvimento de uma abordagem *queer* na criminologia (*queeringcriminology*).

O movimento político-acadêmico *queer* desestabilizou zonas de conforto construídas pelo heterossexismo, a exemplo do binário de gênero homem/mulher e da institucionalização da heteronormatividade compulsória (CARVALHO, 2017). Para o autor, a superioridade da heterossexualidade precisa ser questionada também em criminologia.

O desafio da criminologia crítica é entender os processos sociais de formação da hegemonia do ideal do macho e da heterossexualidade. Afinal de contas, o crime não é um dado ontológico, tampouco o Direito Penal se reduz a um estático complexo de normas (MACHADO; MELLO, 2015), por isso é imperioso que criminólogos compreendam as complexas dinâmicas de criminalização para além da variável classe, incorporando aos estudos criminológicos marcadores de gênero e sexualidade.

Portanto, para se analisar o funcionamento do sistema penitenciário, notadamente na verificação do espaço destinado a LGBTT nas prisões, faz-se necessário aproximar a criminologia crítica dos estudos *queer*, bem como verificar as possibilidades de explorar uma criminologia *queer* ou desenvolver abordagem *queer* em criminologia. Acredita-se ser



“viável a construção de uma lente criminológica *queer* com a delimitação de um preciso objeto de análise: a violência homofóbica” (CARVALHO, 2017, p. 217-218).

O presente trabalho objetiva avaliar a recepção pelo Estado de Pernambuco dos instrumentos jurídicos aptos a garantir os direitos humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Travestis (LGBTT) em privação de liberdade, e para este propósito analisar-se-á o espaço de vivência específico para a população LGBTT presa no Complexo Penitenciário do Curado, uma vez que as três unidades prisionais que formam o Complexo – o Presídio Marcelo Francisco de Araújo (PAMFA), o Presídio Juiz Antônio Luis Lins de Barros (PJALLB) e o Presídio Frei Damião de Bozzano (PFDB) – foram alvos de observação e intervenção da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH).

Após a Corte Interamericana de Direitos Humanos verificar a vulnerabilidade e as agressões morais e físicas sofridas por prisioneiros LGBTT dentro do Complexo do Curado, instou o Estado brasileiro a adotar medidas necessárias para garantir a efetiva proteção da população LGBTT presa.

Note-se que este tema é especialmente relevante para examinar a proteção dos direitos humanos das pessoas dissidentes de gênero e sexualidade em situação de prisão no Estado pernambucano, considerando o acompanhamento exercido pela CorteIDH em relação às violações reiteradas ocorridas naquele Complexo.

Para a pesquisa, foi fundamental a análise das resoluções emitidas pela CorteIDH, especialmente das medidas provisórias requeridas a favor da população LGBTT presa. Utilizou-se também dos dados oficiais, como o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen); de documentos internacionais de direitos humanos, a exemplo do Pacto de San José da Costa Rica e dos Princípios de Yogyakarta; e da Resolução Conjunta nº 1/2014 a fim de compreender a efetividade e a potencialidade do ordenamento jurídico vigente, em especial a legislação criminal, para a proteção dessas vidas precárias e de seus respectivos direitos.

Registra-se que a análise dos dados e resultados obtidos foi realizada através da lente fornecida pela criminologia crítica (*queer*) e estudos de gênero.



2 JUDITH BUTLER: DA CRÍTICA ÀS IDENTIDADES ÀS VIDAS PRECÁRIAS

Neste ponto, passamos agora a discutir uma compreensão de gênero pós-estruturalista, a qual deu ensejo àquilo que passou a ser denominado de teoria *queer*. Partindo do método genealógico de Nietzsche e embasada por uma leitura própria dos pós-estruturalistas franceses (sobretudo Foucault, Derrida e Deleuze), Butler construiu uma teoria de gênero que subverte o conceito de identidade e repensa o sujeito do feminismo, propondo uma nova leitura dos movimentos sociais de emancipação feminina (BRETAS, 2017).

A crítica às identidades deriva de uma reflexão sobre os potenciais emancipatórios de trabalhar-se com categorias fixas de gênero que, inevitavelmente, implicam a exclusão daqueles e daquelas que não se encaixam na estrutura binária de homem e mulher. Na leitura de Butler, os comportamentos masculinos ou femininos consistem em uma espécie de atuação, na qual as normas de gênero são perpetuadas e reconstruídas à medida que o panorama heteronormativo é ratificado nas condutas daqueles que passamos a chamar de homens e mulheres. Nesse sentido, ela escapa ao essencialismo das feministas que fazem uma associação necessária entre o feminino e o sexo biológico, bem como vai além daquelas que tratam o gênero enquanto construção social pré-determinada. Em suma, Butler propõe uma terceira via: o gênero como performativo (BUTLER, 2017).

Na análise de Butler, o gênero é composto por instituições que constroem normas para engendrar as possibilidades de gênero, que são pautadas, sobretudo, por duas instituições definidoras: a heterossexualidade compulsória e o falocentrismo. Nessa esteira, é construída uma norma de coerência entre sexo/gênero/desejo, em que se espera que o pênis implique em um homem que se presume desejar exclusivamente "mulheres", ser heterossexual.

As vidas que divergem dessa pretensão de coerência são precárias, o que, na teoria de Butler, significa que não nos identificamos nesse "Outro", não reconhecemos a identidade dele. Para fundamentar o argumento, Butler suscita o conceito de rosto



presente em Lévinas, que consiste em uma responsabilidade ética primária derivada da necessidade de autopreservação do Eu, o qual não poderia existir sem o Outro. Mais precisamente, esse "rosto" seria uma vocalização sem palavras que expressa a extrema precariedade do Outro (BUTLER, 2011).

Indo mais além, Butler traz Lévinas para descrever como a precariedade desse rosto sugere uma tentação de matar e, ao mesmo tempo, um chamado à paz. É precisamente nessa exposição do outro que surge o paradoxo essencial que estabelece essa luta no coração da ética. Nessa esteira, é o rosto que interdita o referido desejo de matar o Outro, nos chama para fora do narcisismo (BUTLER, 2011).

Pouco depois, Butler aponta um paradoxo essencial a partir da teoria de Lévinas: o rosto que conduz à humanidade também não desumaniza por um processo de personificação? A contradição é exemplificada a partir da oposição entre os rostos das afegãs "libertadas" por não usarem a burca registrados no *New York Times* e os rostos de Saddam Hussein ou Bin Laden. A filósofa suspeita que esses processos geram uma moldura do paradigmaticamente humano, a qual necessariamente exclui os que não se encaixam em seus limites.

Quando um rosto é reproduzido para representar o mal, busca-se representar precisamente o que não é humano e, em consequência, "eu" recusa qualquer identificação com esse ser maligno que foi representado. Nesse sentido, essas imagens produzem nossas noções normativas de humanidade, de quem é "mais que humano" (por exemplo, os heróis midiáticos) e "menos que humano" (notadamente os chamados terroristas). Aqui resta a violência responsável por diferenciar as vidas passíveis de luto daquelas que não o são (BUTLER, 2011).

Associando ambos os aspectos da teoria de Judith Butler, precursora do que passou a ser chamado de Teoria *Queer*, é possível indicar que a violência discursiva decorrente da insistência nas identidades enquanto categorias fixas e imutáveis cria uma "moldura" do que pode ser lido enquanto homem ou mulher e, em última instância, ser humano. A ininteligibilidade das figuras que desafiam tal compreensão cis-heteronormativa as retira



do retrato preconcebido de quem merece nossa atenção, com quem nos identificamos, que corpos são dignos de proteção e, por fim, quais vidas são passíveis de luto.

3 CELAS LGBTT: UMA PROPOSTA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO CÁRCERE

Em atenção à vulnerabilidade das pessoas LGBTT no cárcere, surgiram iniciativas para preservar os direitos da referida população. Em um primeiro momento, o Brasil assumiu o compromisso internacional dos Princípios de Yogyakarta⁴, um catálogo de princípios de direitos humanos que avança em aspectos interpretativos envolvendo legislação e questões de sexualidade e de gênero, especialmente quando dispõe, no princípio 10º, o direito de toda pessoa de não sofrer tortura, castigo ou tratamento cruel por motivos relacionados à identidade de gênero ou orientação sexual, sendo, portanto, dever do Estado a implementação de programas de conscientização e treinamento para o pessoal prisional e polícia no intuito de evitar tais violações; além de normas e legislações nacionais que guardem relação com a proteção dos privados de liberdade e com a proteção às pessoas LGBTT.

Posteriormente surge a iniciativa de reservar uma ala dos presídios para as minorias⁵ de gênero e orientação sexual, política adotada inicialmente em Minas Gerais, no

⁴Depois de realizada uma reunião de especialistas na Universidade Gadjamada, em Yogyakarta, Indonésia, "especialistas de 25 países, com experiências diversas e conhecimento relevante das questões da legislação de direitos humanos, adotaram por unanimidade os Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero" (MASIERO, 2014).

⁵A expressão "minorias, sob a pretensa neutralidade numérica, desvaloriza grupos subordinados pelos hegemônicos (propositalmente confundidos com maioria)"; e tratando-se de "estudos sobre minorias sexuais, na perspectiva *queer* eles, ao se denominarem desta forma, terminam por reverenciar as "maiorias" que permanecem intocadas pelo impulso desnaturalizante que colocaria em xeque sua hegemonia como padrão social pressuposto (MISKOLCI, 2009, p. 168). Miskolci (2009, p. 151) assinala que, apesar "de suas boas intenções, os estudos sobre minorias terminavam por manter e naturalizar a norma heterossexual". A teoria *queer*, ampliando os estudos sociológicos sobre minorias sexuais e de gênero, questiona a heteronormatividade (a naturalização social da norma heterossexual) e dedica-se a desconstruí-la. O efeito pretendido pela teoria *queer* não é o paliativo, mas o de subverter a ordem heteronormativa.



ano de 2009 (GALLI, 2013). Em 2014, a Resolução Conjunta Nº 1 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPC) e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD-LGBT) institucionalizou, em seu artigo 3º, a designação de espaços de vivência específicos para travestis e homens gays.

Na norma supracitada, foram atendidas demandas históricas do movimento LGBT, a exemplo do direito ao tratamento conforme o gênero de identificação pessoal (artigo 2º) e o acompanhamento de saúde específico - inclusive o tratamento hormonal (artigo 7º, caput e parágrafo único). O Estado também fica obrigado também, segundo o art. 10 da Resolução Conjunta nº 1/2014, a conferir capacitação continuada aos funcionários "dos estabelecimentos penais considerando a perspectiva dos direitos humanos e os princípios de igualdade e não-discriminação, inclusive em relação à orientação sexual e identidade de gênero" (BRASIL, 2014). Esse, contudo, é o único marco legal doméstico dos direitos LGTT em matéria penitenciária.

De qualquer forma, as estatísticas publicadas pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2014a) apontam para o descumprimento generalizado da reserva de espaços para indivíduos LGTT. Segundo dados de 2014, apenas 15% das unidades prisionais dispõem de alas ou celas exclusivas para o grupo referido, suscitando relevante desconfiância acerca da efetividade das medidas legais presentes.

Mesmo quando há espaço de vivência específico para pessoas LGTT, não lhes é garantida a efetivação dos direitos fundamentais, consoante atesta o caso do Complexo do Curado perante a Corte IDH.

Em 2014, quando a unidade ainda era denominada de Aníbal Bruno, a Corte IDH (2014) recebeu denúncias de que reclusos vulgarmente conhecidos como chaveiros estariam exercendo funções de segurança e disciplina, controlando todas as celas e pavilhões. Ocorre que os chaveiros estavam restringindo a livre circulação de gays, bissexuais e transexuais nos corredores - o que evidencia uma privação de liberdade dentro do próprio ambiente de privação de liberdade. Nesse sentido, a pena cumprida



pelos LGBTs era duplicada. Sobre a matéria, o Estado de Pernambuco alegou que todas as funções de segurança passaram a ser exercidas pelos agentes penitenciários, sendo extinta a figura do chaveiro.

Em 2015, nova Resolução da Corte IDH (2015) trouxe a denúncia de que, em casos de estupro, não eram realizadas as profilaxias de doenças sexualmente transmissíveis, sendo mencionado, inclusive, o caso de um detento LGBT que contraiu HIV após um estupro coletivo. Também foram relatados casos em que a própria travesti estuprada precisou buscar o exame de HIV sem qualquer auxílio institucional. Patente, portanto, o descumprimento às medidas impostas pelos Princípios de Yogyakarta.

A visita da Corte IDH, resultante na resolução de 23.11.2016, apresenta (2016) a existência de celas para vivência dos dissidentes de gênero no PFDB e no PAMFA, mas não no PJALLB - em que os/as detentos/as seguem entre os demais presos. Segundo os relatos da Corte, a cela LGBT do PAMFA é um espaço muito reduzido com infiltrações, esgoto e tubulações a céu aberto, ventilação precária e pouca iluminação. No PFDB, as transexuais relatam ameaças de serem queimadas vivas pelo chaveiro do pavilhão, ofício o qual teria sido extinto segundo o Estado de Pernambuco noticiou na primeira resolução (2014).

Neste ponto, vale ressaltar que as ameaças de morte, qualificadas por um meio especialmente doloroso, evidenciam a violência transfóbica que as motivam. Acontece que Roberto Efrem(2013) aponta como é justamente na brutalização dos corpos, no excesso e no inexplicável que a homofobia é construída, conceito plenamente aplicável também à transfobia.

Se a persistência das violações dos direitos humanos de pessoas LGBTT é evidente no Caso do Complexo do Curado, vale ressaltar que o acompanhamento registrou alguns ganhos ao longo do processo. Além da própria criação dos espaços reservados para os dissidentes de gênero, o Estado de Pernambuco instituiu, pela Lei nº 14.863, o Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura (PERNAMBUCO, 2012), contratando uma mulher transsexual para compor o órgão, medida mundialmente inédita nesse tipo de projeto.



A partir dos dados supracitados, surge o questionamento das potencialidades das celas LGBTT. Por um lado, é inegável que um ambiente específico para as pessoas LGBTT pode prevenir contatos de violência cis-heteronormativa, personificada, de certo modo, pelas masculinidades hegemônicas e paradigmáticas dos demais presidiários perante as virilidades falhas – termo adotado por Diego Lemos (2017) – das pessoas *queer*.

Sob uma segunda ótica, a insistência do sistema penitenciário em uma lógica binária de organização de sua clientela através da diferenciação entre homens e mulheres repete e ratifica a política de identidades que cristaliza as complexidades do gênero e realiza a violência cis-heteronormativa. Isso é especialmente relevante a partir das ideias de Judith Butler, para quem as próprias concepções de gênero surgem em um processo discursivo construído a partir das instituições. Com efeito, em se tratando do direito penal, manifestação do Estado em si, é evidente a perpetuação da opressão vigente.

Por conseguinte, a análise do acompanhamento da Corte IDH sobre o Complexo do Curado aponta para certo ceticismo perante as possibilidades de o sistema penitenciário (e, em última instância, a própria justiça criminal) ser capaz de oferecer proteção para os dissidentes de gênero.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, verifica-se, desde já, a presença - ainda que escassa - de normas nacionais e internacionais prevendo direitos aos reclusos LGBTT, bem como o trâmite das representações de violações de direitos humanos perante a Corte IDH. Dentre as medidas previstas, consta a reserva de um ambiente, na unidade prisional, para gays, bissexuais e transexuais, diligência adotada no Complexo do Curado. Persistem, contudo, questionamentos acerca da efetividade dos institutos jurídicos vigentes.

A partir da ótica da criminologia *queer* sugerida por Salo de Carvalho (2012), conclui-se que o caso do Complexo do Curado ilustra a realidade do Sistema de Justiça Criminal como um todo. Ele encontra-se operacionalizado para funcionar apenas com os dois sexos tradicionais prevalecentes na sociedade, categorias preconcebidas, abstratas e



inflexíveis – “homem” e “mulher”. Não por outra razão, as prisões são instituições punitivas segregadas por sexo, o que, por si só, normaliza o gênero e agride subjetivamente os corpos que lá desviam desse padrão binário. Uma vez encarceradas, a situação dessas pessoas apenas se deteriora, com nova privação de liberdade, ameaças, estupros: são pessoas cujas vidas não importam, são vidas precárias.

REFERÊNCIAS

ARCELO, Adalberto Antonio Batista; SILVA, Ramon Alves. **Heteronormatividade e sistema carcerário no Brasil contemporâneo**. Sistema Penal & Violência, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 29-37, jan-jun. 2016.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

_____. Vidas precárias. Tradução de Angelo Marcelo Vasco. In: **Contemporânea - Revista de Sociologia da USCAR**. São Carlos, n. 1, p. 13-33. Jan/jun, 2011.

BRETAS, Aléxia. O heterossexismo é meramente cultural? Judith Butler e Nancy Fraser em diálogo. In: **Idéias**, Campinas, SP, v.8, n.1, p. 227-246, jan/jun. 2017

BRASIL. Resolução conjunta nº 1, DE 15 de abril 2014 do Conselho Nacional de Política Criminal com o Conselho Nacional de Combate à Discriminação. Disponível em <http://justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/diversidades/normativos-2/resolucao-conjunta-no-1-cnpc-e-cncc_lgbt-15-de-abril-de-2014.pdf> Acesso em 12/04/2017.

CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma criminologia queer. In: **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, RS, v. 4, n. 2, p.151/168, jul./dez. 2012.

CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas ciências criminais**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução de 22.05.2014. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Complexo Penitenciário do Curado. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_01_por.pdf> Acesso em 12/04/2017.

_____. Resolução de 07.10.2015. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Complexo Penitenciário do Curado. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_02_por.pdf> Acesso em 12/04/2017.

_____. Resolução de 18.11.2015. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Complexo Penitenciário do Curado. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_03_por.pdf> Acesso em 12/04/2017.



_____. Resolução de 23.11.2016. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Complexo Penitenciário do Curado. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_04_por.pdf> Acesso em 12/04/2017.

EFREM FILHO, Roberto. **Corpos Brutalizados**: conflitos e materializações nas mortes de LGBT. Anais do 37o Encontro Anual da ANPOCS. Águas de Lindóia: 23 a 27 de setembro de 2013.

GALLI, G. Dignidade entre grades. In: **Revista Experiência - Famecos PUCRS**, Porto Alegre, p. 6-10, jul. 2013.

LEMOS, Diego. **Contando as mortes da violência trans-homofóbica**: uma pesquisa socio-jurídica dos processos criminais na cidade do Recife e uma análise criminológico-queer da violência letal. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2017.

LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN. 2014. Brasil. Brasília, DEPEN, v. jun/2014. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em 12/04/2017.

_____. 2014. Brasil. Brasília, DEPEN, v. dez/2014. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf> Acesso em 12/04/2017.

PERNAMBUCO. Lei nº 14.863. Institui o Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura, redefine o Comitê Estadual de Combate e Prevenção à Tortura no Estado de Pernambuco, e dá outras providências. Acesso em <<http://legis.alepe.pe.gov.br/arquivoTexto.aspx?tiponorma=1&numero=14863&complemento=0&ano=2012&tipo=&url=>> Acesso em 12/04/2017.

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. O movimento social, o efeito simbólico e a estratégia desperdiçada: uma contribuição criminológica ao movimento LGBT a partir da Lei Maria da Penha. In: MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. **Lei Maria da Penha**: uma análise criminológico-crítica. 1. ed. Recife: Editora Revan, 2015.

MASIERO, Clara Moura. **O movimento LGBT e a homofobia**. Porto Alegre: Criação Humana, 2014.

MISKOLCI, Richard. **A teoria queer e a sociologia**: o desafio de uma analítica da normalização. Sociologias. Porto Alegre, ano 11, v. 1, n. 29, 2009,

WELZER-LANG, Daniel. **A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia**. Estudos Feministas, ano 9, 2º sem. 2001.





TRÁFICO DE DROGAS E MULHERES: ENTRE AUTORITARISMO, SELETIVIDADES E PERMANÊNCIAS

.....
Iricherlly Dayane da Costa Barbosa¹

1 UMA LÓGICA DE CRIMINALIZAÇÃO QUE COMEÇA A SER ALTERADA²

Quando fala-se em tráfico de drogas muito provavelmente o que vem no imaginário social é a imagem do “narcotraficante”, estereotipicamente visto (muito por influência da grande mídia) como o criminoso violento, organizado, poderoso e enriquecido através da atividade no tráfico de drogas ilícitas. No entanto, quando nos deparamos com os indivíduos autuados e presos por tráfico de drogas o que pode ser visto são mulheres e homens extremamente pobres, com baixo grau de escolaridade, na maioria das vezes sem portar arma e desprovidos do apoio de qualquer “organização” (ZACCONE, 2007).

Nesses termos pode ser visto não apenas a dicotomia Narcotraficantes x Varejistas do tráfico (aqueles responsáveis pela venda de drogas no varejo, alvos fáceis da repressão policial, conhecidos como “esticas”, “mulas”, “aviões”), como também a seletiva atuação do principal agente da criminalização secundária, qual seja, a polícia (não descartando a seletividade estrutural do próprio Sistema Punitivo, que atua sob uma lógica sexista, classista, racista, heteronormativa), o que aponta para a existência de um “escalonamento” dentro da própria rede do tráfico.

De um lado estão os “grandes traficantes”, apontados pela mídia e considerados delinquentes de alto grau de periculosidade (que somam pouco mais que uma dezena); do outro, milhares de varejista que, por serem alvos fáceis para a seletividade do Sistema,

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, integrante do Grupo Asa Branca de Criminologia. Email: iricherlly@gmail.com

² Texto apresentado inicialmente no Congresso Publius 2016.



lotam os cárceres. É o que Zaccone (2007) aponta como “Teoria dos 3 Níveis ou do iceberg invertido”. O comércio de drogas ilícitas nas favelas seria, de acordo com essa teoria, a ponta do iceberg invertida – nível 3 – (tendo em vista que é a escala que possui o maior quantitativo de pessoas e é a parte exposta na rede do tráfico - a parte mais suscetível à seletividade); enquanto os “novos ricos” e os “cidadãos acima de qualquer suspeita” estariam situados nos níveis 2 e 1, que seria a ponta oculta do iceberg invertido.

Por sua vez, dentro do cenário atual do Tráfico de Drogas, diversas inquietações surgem quando se trata das mulheres. Desde 2006, a mudança legislativa intensificou o incremento punitivo, e segundo dados do Infopen, a população carcerária cresce tanto em relação aos homens como em relação às mulheres, mas para elas de forma mais acelerada. A população absoluta de mulheres encarceradas cresceu 567% entre os anos 2000 e 2014, já a população de homens encarcerados cresceu 220% no mesmo período.

Em Junho de 2014, a população carcerária feminina presa por tráfico de drogas ou tráfico internacional de drogas equivalia a 68% do total, ao passo que, no caso masculino, o percentual de presos por esses crimes era de 26%. Como se percebe, mais da metade das mulheres está presa por tráfico, o que representa uma mudança significativa, tendo em vista que a criminalidade tradicionalmente atribuída à mulher era, até então, de crimes passionais, praticado entre familiares ou relacionados à pobreza. Fato que, no mínimo, instiga a um estudo mais detalhado e aprofundado acerca da problemática em questão. De modo que passa a ser importante investigar até que ponto esse escalonamento de que fala Zaccone, juntamente com a condição histórica que recaiu sobre a mulher na nossa sociedade, tem influenciado nessa larga expansão do encarceramento feminino.

2 UM CONTROLE PARA ALÉM DO SISTEMA PUNITIVO

A incidência cada vez maior de mulheres nos índices mais baixos da pobreza é consequência direta e indireta de uma série de subfatores relativos ao campo social do trabalho, tais como a diferença salarial em relação aos homens, a predominância de mulheres ocupando as vagas em empregos temporários, de tempo parcial, no mercado



informal, a concentração em ocupações que demandam menor qualificação profissional e que, portanto, são postos de menor remuneração (RIBEIRO, 2014). Por sua vez, os meios de efetivação do Direito Penal ostentam um aspecto preponderantemente seletivo.

No Brasil em junho de 2014 a proporção de mulheres negras presas era de duas em cada três, representando 67% da população carcerária feminina. E em Pernambuco esse número é ainda maior, sendo 81% da população carcerária feminina composta por mulheres negras. Por sua vez, no que tange ao nível de escolaridade dessas mulheres (o que está intimamente ligado à classe social que elas compõem), o que pode ser visto é que 50% delas não concluíram o Ensino Fundamental e, enquanto na população brasileira total cerca de 32% completou o Ensino Médio, apenas 8% da população prisional total o concluiu. E em Pernambuco o que mais chama atenção é o percentual de mulheres analfabetas, que corresponde a 20% (enquanto no cenário prisional feminino total esse percentual é de 4%). E no que diz respeito à faixa etária dessa população, o que pode ser visto é um grande encarceramento de uma população jovem, tendo em vista que 50% das mulheres encarceradas têm entre 18 e 29 anos. Daí, portanto, constata-se que as mulheres negras, pobres e jovens são as primeiras afetadas pelo espectro de criminalização do sistema penal.

Contudo, de imediato pode-se constatar que, em números absolutos e pelo critério puramente biológico adotado pelo sistema penal, existem quantitativamente mais homens encarcerados que mulheres no Brasil. Entretanto, ao contrário do que pode parecer, isso não significa que o sistema penal criminaliza menos as mulheres que os homens.

É necessário destacar que os números absolutos não são suficientes para traduzir a realidade de uma sociedade profundamente marcada pelas relações patriarcais, cujo conjunto forma o arcabouço que se materializa na diferença social concreta entre homens e mulheres. Nesta esteira, ressalve-se que todos os demais aparatos de controle social, que não apenas o Direito Penal, cumprem historicamente um papel especial no controle da autonomia e dos corpos das mulheres (FREITAS, 2012). A mulher enquanto objeto da tutela jurídica traduz e traduzia, na verdade, uma mulher-objeto, cuja autonomia e a



sexualidade eram absolutamente controladas em nome de uma suposta “proteção” ou “incapacidade” que a mulher possuiria de lidar com a própria vida. A figura da “mulher honesta”, da qual fala Vera Andrade (2005), bem como a criminalização do adultério, do aborto, da prostituição, refletem essa ideia. Como nos diz Karyna Sposato (2003, p. 287):

No entanto, no caso das mulheres, o controle social ao contrário de restringir-se ao sistema penal e à legislação penal, está provavelmente de maneira mais intensa justamente na estrutura familiar, na escola e nos métodos pedagógicos, na universidade e na liberdade (ou falta de) cátedra, na medicina mediante sua ideologia e prática, ou seja, em diversos aspectos do tecido social, razão pela qual a análise de uma suposta seletividade diminuída do sistema penal sobre as mulheres não pode prescindir de observar todo o arsenal de controle social existente, e sobretudo a dimensão altamente repressiva de sua intervenção.

De tal forma não pode se ignorar que a história da criminalização de mulheres é, a história do exercício do poder do gênero masculino sobre o feminino, fundado em um direito cujas bases são evidentemente patriarcais (FREITAS, 2012).

Maria Lúcia Karam (2006, p. 97) descreve:

Dentro de um vitorioso Estado mínimo da pregação neoliberal faz-se presente um simultâneo e incontestado Estado máximo, vigilante e onipresente. O Estado máximo, vigilante e onipresente, manipula a distorcida percepção dos riscos, manipula o medo e os anseios de segurança, manipula uma indignação dirigida contra os inimigos e fantasmas produzidos pelo processo de criminalização e se vale de ampliadas técnicas de investigação e de controle, propiciadas pelo desenvolvimento tecnológico, para criar novas e dar roupagem “pós-moderna” a antigas formas de intervenção e de restrições sobre a liberdade individual.

Essa nova roupagem certamente está ligada à figura emergente da mulher traficante. De novo, figuras antigas com roupagens inéditas surgem ao cenário: perpetua-se incessantemente a divisão sexual do trabalho e a desigualdade existencial e social sobre os dois gêneros historicamente constituídos.

Como à mulher foi relegado, historicamente, o espaço privado, aquelas que ousaram transgredir esse padrão socialmente estabelecido, seja por livre vontade, seja pelas necessidades materiais, estavam mais susceptíveis a incorrer no espectro da criminalização. A incidência de criminalização pesava mais sobre os delitos representados predominantemente pelas condutas: alcoolismo, desordem, averiguações e desobediência.



Isto evidencia que a polícia atuava no combate à transgressão do “dever ser” socialmente imposto a cada gênero, de modo que à mulher que subvertia a lógica do espaço maternal, de dona de casa ou de esposa reclusa, era cabida a intervenção do aparato penal (RIBEIRO, 2014).

Dessa maneira, esses processos históricos se entrecruzam (o ingresso precário e cada vez maior da mulher no mercado de trabalho formal e no informal, bem como a criminalização cada vez mais acentuada da mulher), processos esses que se dão ao mesmo tempo e que não são alheios um ao outro, e é dentro dessa lógica que surge a figura da mulhertraficante.

3 MULHER TRAFICANTE: UMA RELAÇÃO DE PATRIARCADO E SELETIVIDADE PENAL

Sobre o que é efetivamente a prática criminosa do tráfico, primeiramente, ela não deve ser encarada como o ato exclusivo de vender substâncias ilegais, mas sim como cadeia que exige uma série de atos para que o comércio em si seja feito. A própria Lei nº 11.343, em seu artigo 33 (referente à conduta típica de traficar) expande as hipóteses que poderiam constituir essa cadeia.

Contam-se mais de vinte condutas classificadas legalmente como tráfico. Supondo que todas essas práticas são tipos de atividade econômica, indaga-se a seguir quais delas são mais verificadas entre as mulheres traficantes e, destarte, a razão pela qual seriam designadas ao gênero feminino.

O que se confere a partir das pesquisas regionais que alguns estudiosos brasileiros desenvolveram é que, em geral, as mulheres desempenham funções de menos destaque e menor complexidade nas redes do tráfico. Dificilmente são encontradas mulheres na posição de chefes ou proprietárias das “bocas-de-fumo”.

Os trabalhos femininos mais comuns observados são os de transporte, embalagem e depósito das drogas ilícitas, e mais raramente a participação na venda e na gerência.



Não por acaso são essas as funções predominantes designadas às mulheres, visto que o gênero feminino chama menos atenção da polícia e do sistema repressivo. São historicamente invisibilizadas aos olhos dos atores do espaço público (mercado, mídia, Estado etc.) pela herança do papel social caracterizado pela passividade e obediência. Sintetiza Gabriela Jacinto (2011, p.7):

A mulher está fora dos discursos criminalizadores e dentro dos discursos vitimados do sistema punitivo, porque se tinha uma visão da mulher como sendo incapaz de cometer crimes. Um viés da cultura machista, universalista e moralista projetou a mulher para um âmbito privado, cujo controle se dá de modo informal, exercido pela família, a escola, a igreja, a vizinhança. Por inúmeras vezes, as mulheres foram tratadas e visualizadas como vítimas de crimes e poucas vezes como autoras, pois o estereótipo da mulher – principalmente daquela visualizada como passiva – se mantém em um espaço privado (doméstico) que corresponde ao estereótipo de vítima no sistema penal.

Sendo assim, a mulher acaba sendo mão-de-obra vantajosa para o tráfico porque é menos custosa financeiramente, levando-se em conta que os papéis subalternos que cumprem estão sujeitos a pagamentos menores, e também pelo motivo de serem socialmente menos suspeitas ao poder repressivo, pelo papel tradicional que carregam de não associação com a agressividade, a subversão e aviolência.

Por conta dessa designação, as mulheres são mais suscetíveis aos flagrantes e à criminalização sem negociações com os agentes do Estado, porque não ocupam postos consideráveis, raramente são traficantes importantes e conhecidos pela polícia. A respeito disso, comentam Bárbara Musumeci Soares e Lara Ilgenfritz (2002, p.88):

Isso pode significar que, ao contrário do que acontece rotineiramente com os traficantes de maior peso, as mulheres envolvidas em tarefas periféricas no tráfico de drogas têm pouca margem de manobra junto à polícia – que, como se sabe negocia sistematicamente a liberdade dos traficantes.

Ou seja, mesmo no relacionamento promíscuo que o mercado ilegal cultiva com o Poder Estatal, a mulher está marginalizada pela insignificância política e econômica que representa nessa cadeia. Não à toa, a maior parte desse contingente de traficantes femininas é presa em flagrante, hipótese que ilustra com clareza a falta de qualquer tipo de negociação com policiais, justamente pelo imediatismo como são reprimidas (em que



pese a sociedade ainda patriarcal na qual estamos inseridos e a lógica androcêntrica de criminalização que ainda perpassa o imaginário do nosso Sistema Punitivo), bastando observar que em Pernambuco 57% das mulheres que estão presas o estão sem condenação.

E quando presas, pelo fato de cumprirem obrigações menores, rapidamente são descartadas e facilmente substituídas. Essa realidade constatada potencializa a vulnerabilidade em relação à prisionalização: muitos criminosos do tráfico não chegam a ser presos porque a impunidade está diretamente ligada às relações de poder “extra-oficiais” entre crime e Estado. A privação de poder às mulheres causa sua dificuldade de se defender nos processos criminais e também de sair da prisão (63% das mulheres condenadas têm penas de até 8 anos), seja porque os homens estão mais aptos a esquemas de fuga e acordos, seja porque recebem melhores condições de defesa pelas vias do sistema judiciário.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Faz-se necessário entender que a função, as posições e o comportamento das mulheres em sociedade refletem os “papéis de gênero” a elas designados, e não integram determinações biopsicológicas inerentes ao seu sexo, mas construções sociais que refletem um modelo de dominação.

A divisão sexual do trabalho, portanto, não ostenta qualquer neutralidade, pois trabalho feminino e trabalho masculino são categorias importantes não em função da natureza técnica das suas atividades, mas em função das relações de poder e dos interesses que os encobrem. Como o tráfico se apresenta enquanto trabalho estruturado na nossa conjuntura social, com ele não poderia ser diferente.

Dessa forma, a realidade das mulheres criminosas ao longo dos tempos e no tráfico de drogas é única por ser própria do gênero feminino. E assim sendo, perpetua-se incessantemente a divisão sexual do trabalho e a desigualdade existencial e social sobre os



dois gêneros historicamente constituídos. O que muda agora é o acréscimo de violência institucional provocado pelo Estado em relação a essas mulheres que, somadas à sua pobreza, representam, hoje, o perfil mais oprimido da sociedade.

Não obstante, essas mulheres são apenadas pelo Estado devido à transgressão da lei, mas esse certamente não é o limite último da criminalização: ele se duplica em razão do rompimento moral que provocam aos olhos do Judiciário e da sociedade. Quando presas, não bastasse a punição com a alienação física decidida pelas sentenças judiciais, as mulheres são punidas por frustrarem a expectativa social sobre o papel que se esperava que atuassem.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher.** Revista Sequência, Florianópolis, ano XXV, n. 50, p. 71-102, julho, 2005.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo.** Lisboa: Edições 70, 1977.

BRUNI, Adriano Leal. **SPSS aplicado à pesquisa acadêmica.** São Paulo: Atlas, 2009.

FREITAS, Carolina Alvim de Oliveira. **GÊNERO, CRIMINALIDADE E TRÁFICO DE DROGAS: embaralhamentos sociais e históricos.** 2012. 86 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

JACINTO, Gabriela. **Mulheres presas por tráfico de drogas e a ética do cuidado.** Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis. Revista Sociais e Humanas, Santa Maria, 2º semestre de 2011.

KARAM, Maria Lúcia. **Para conter e superar a expansão do poder punitivo.** Veredas do Direito. Belo Horizonte, 2006. p. 97.

RIBEIRO, Juliana Serretti de Castro Colaço. **Silenciadas pelo tráfico: um Estudo Criminológico do Duplo Grau de Vulnerabilidade das adolescentes internas do CASE Santa Luzia..** 2014. 69 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014.

SOARES, Bárbara Musumeci. ILGENFRITZ, Iara. **Prisioneiras-vida e violência atrás das grades.** Rio de Janeiro: Garamond, 2002. (Centro de Estudos de Segurança e Cidadania).

SPOSATO, Karyna. **Mulheres presas no Brasil: Um retrato da desigualdade.** In Cescontexto. Debates. Atas do Colóquio Internacional Direito(s) e Desigualdades. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra, nº 4, dezembro/2003.



ZACCONE, Orlando. Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan,2007.



DIREITO PROCESSUAL





APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E DO IMPULSO OFICIAL NO PROCESSO JUDICIAL CIVIL BRASILEIRO:

**DICOTOMIA OU CONJUNÇÃO DE INTERESSES NA
PRODUÇÃO DO ATO PROCESSUAL E NO PROCEDIMENTO
QUE ANTECEDE SUA CONCRETIZAÇÃO?**

.....

Emílio d'Almeida Lins¹

1 INTRODUÇÃO: PROPÓSITO DO ESTUDO

A deficiência do Estado brasileiro na distribuição da justiça, como também na própria estruturação administrativa do poder judiciário, propicia o surgimento de procedimentos extrajurídicos que influenciam o andamento de processos judiciais e a produção de atos praticados em procedimentos de solução de conflitos.

É comum constatar-se que o interessado na solução do litígio lança mão de procedimentos paraestatais, na interação com os operadores judiciários, visando seu próprio benefício, por vezes. Ditas práticas, portanto, implicam prejuízo para outros interessados no desfecho do conflito de interesses que, agindo ingenuamente de acordo com os ditames do ordenamento jurídico vigente, acreditam no estímulo oficial do processo.

A dinâmica utilizada nos ofícios de países emergentes, como o Brasil, pode ser caracterizada, entre outras coisas, pela influência do estímulo extrajurídico na solução do conflito de interesses deduzido em juízo. Significa que, através de "agrados" aos operadores judiciários, mormente aos serventuários da justiça, são conferidos aos feitos processuais maior ou menor celeridade no que toca ao seu normal desenvolvimento. Cria-se, assim, uma diferença ente o que oficialmente deve ser observado e o que ocorre na

¹ Mestre em Direito (UFPE) e Advogado em Recife.

realidade. Ressalte-se que isso se observa mesmo depois da criação do Processo Eletrônico no Brasil (Lei 14.419/2006) que, em tese, foi criado para dar maior dinâmica à tramitação processual e à produção de seus atos.

A grande indagação a ser tratada neste estudo consiste em saber se as regras-princípio da Duração Razoável do Processo (Art. 4º., CPC/2015) e do Impulso Oficial (Art.2º., CPC/2015) materializadas pelo direito objetivo, atinentes ao desenvolvimento válido e regular do processo e à produção de atos processuais, podem se fazer verificar na prática judicial dos ditos países emergentes, ou se essas indagações ensejam soluções diversas daquelas previstas pelos ditames dogmático-legais. Noutras palavras, a aplicação/interpretação dos mencionados princípios processuais apresentam-se em maior ou menor grau como dicotomia ou conjunção na produção de atos processuais e na marcha dos procedimentos que antecedem sua confecção.

Assim, será possível verificar, por uma ponta, se as incongruências intrassistêmicas do processo judicial brasileiro – representadas aqui pela dicotomia ou vetorização oposta entre o princípio da Duração Razoável do Processo e do princípio do Impulso Oficial - , são disfunções que brotam no subsistema jurídico-processual em virtude da ocorrência da alopoiese de outros subsistemas sociais no direito, diminuindo o grau de legitimidade dos atos jurídicos processuais e, por vezes, produzindo até atos processuais ilegítimos que operam efeitos, fragilizando, por via oblíqua, a justificação do poder jurisdicional do Estado frente à sociedade. Ou se, por outra ponta, a ponderação dos citados princípios processuais no processo de sua interpretação/aplicação pode ser entendida como conjunção de interesses com vistas a reforçar a legitimidade do ato processual e à marcha do procedimento que antecede sua concretização.

2 ATO PROCESSUAL E LEGITIMIDADE

Ato processual é um ato jurídico realizado num processo judicial. Essa constatação aparentemente óbvia enseja algumas importantes digressões, principalmente se se considera que é através do encadeamento de atos processuais (procedimento) que o



Estado, no exercício da função jurisdicional, pretende justificar essa parcela de poder (Faria: 1978, 58), cabendo aqui verificar se realmente a garantia de um amplo acesso à justiça e de uma solução rápida e efetiva dos litígios poderiam ser tidos como os fatores de elevação do grau de legitimidade do sistema processual e do exercício da função jurisdicional.

O ato processual é jurídico por diversas razões como, por exemplo, por depender da vontade do agente; por estar previsto na lei processual; porque seu objeto é lícito; por objetivar a aquisição, a modificação, a conservação, etc., de um direito subjetivo de uma ou até de ambas as partes litigantes. Assim, ele perpassa por todos os planos do fato jurídico (Miranda: 1970, 183-188), sendo uma modalidade especial de ato jurídico, pois produzido dentro de um processo judicial (Lins: 2001, p. 63).

No ponto, oportuno transcorrer sobre a teoria de Niklas Luhmann sobre a legitimidade do direito, uma vez que o citado autor dá um sentido processual ao expressá-la como legitimação, entendendo-a como mecanismo por meio do qual as pessoas se mostram inclinadas a acatar e respeitar decisões, propondo uma noção de legitimidade dissociada de uma fundamentação metafísica, ontológica ou axiológica (Adeodato: 1989, 69). Assim, tem-se que o enquadramento do sistema processual no plano da legitimidade passa pela legitimação do procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias (Luhmann: 1980, 31). Legítimas, pois, são as decisões nas quais se pode supor que qualquer terceiro espere normativamente que os atingidos se ajustem cognitivamente às expectativas normativas transmitidas por aqueles que decidem (Luhmann: 1985, 64).

Para outros autores (Dinamarco: 2000, 140) a legitimidade do sistema processual só seria em maior grau reconhecida se fossem mais amplamente aceitos pela sociedade os princípios e garantias constitucionais respeitantes ao processo, quais sejam: o do devido processo legal, o do contraditório e o da isonomia.

Contudo, verifica-se que tais garantias e alguns princípios do processo, por vezes, representam meras fachadas nos textos normativos quando, ao que parece, a formação de

uma ato processual é motivada por mecanismos extrajurídicos que se operam à margem das inter-relações havidas entre os sujeitos da demanda em tramitação (Lins: 2001, 67). Não há respeito, por vezes, à igualdade de tratamento entre as partes no processo se algum serventuário da justiça faz tranca o andamento do processo por ter recebido auxílio econômico ou por ser amigo íntimo ou inimigo de uma das parte ou do advogado.

Por isso, relativiza-se a noção de emancipação da ordem jurídica processual em relação às outras ordens normativas (Adeodato: 2002, 205-220), o que faz com que os atos processuais, até corriqueiramente, para serem implementados e atingirem a sua finalidade, necessitem da interferência de outros sistemas para ingressarem no mundo jurídico e produzirem efeitos, por mais paradoxal que possa parecer.

Observa-se, então, que aparece a tensão entre o sistema jurídico processual, representado pela imposição compulsória de padrões homogêneos de comportamento a todos os sujeitos do processo, considerados aqui os juízes, as partes, advogados, serventuários da justiça e o chamado "entorno", isto é, o meio ambiente dos foros onde surge a interação entre os operadores do direito em decorrência da existência de um processo judicial.

Pode-se verificar, portanto, que é do sucesso ou insucesso das relações havidas entre operadores do direito que um litígio pode ser deslindado com a observância de todas as garantias constitucionais do processo e observância aos princípios processuais aqui tratados, com o tempo e eficácia desejados.

3 O PROBLEMA DO DIREITO PROCESSUAL COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO

A noção de sistema, muito embora passível de uso em níveis bastante abstratos, usualmente tem seu emprego ligado a experiências sociais mais concretas, concebendo-se um sistema social como um conjunto estruturado e coordenado de interações sociais que se comportam como uma entidade (Noronha, 1988, 57). Nessa toada, uma importante



corrente da ciência vem defendendo o sistema social e até mesmo o sistema jurídico como autopoieticos (Luhmann: 1998/ Teubner, 1993). Aqui tem-se como hipótese de trabalho a consideração do direito processual civil com subsistema do direito e a verificação dele (sistema de direito processual) poder ser considerado um sistema autopoietico.

Um sistema autopoietico tem pelo menos três propriedades: ele deve ser autolimitado, autogerador e auto perpetuador. Ser autolimitado significa que a extensão do sistema é determinada por uma fronteira, que por sua vez é também parte integrante da rede. Ser autogerador significa que todos os componentes, inclusive os da fronteira, são produzidos por processos internos à rede. Ser autopetruador significa que os processos de produção continuam ao longo do tempo, de modo que todos os componentes são continuamente produzidos e reproduzidos pelos processos de transformação do sistema (Capra, 2000, 159-178).

Assim, considerando-se o direito processual como um sistema aberto, cujo meio (fronteira) é o foro onde ocorrem as interações entre os profissionais da área jurídica, tem-se que aquele (direito processual) se apresenta em constante interação com este, donde os princípios de direito processual refletem, em última análise, determinados valores e distorções que compõem a complexidade do sistema das relações havidas em decorrência do exercício das profissões jurídicas, recepcionados pelo direito processual e informadores de sua estrutura normativa (Santos: 1998, 141). Assim, os princípios processuais, notadamente os aqui referenciados, podem ser vistos como síntese ou reflexo dos elementos externos (inter-relações ocorrida entre operadores do direito) recebidos pelo sistema jurídico processual e que o integram; estes elementos externos podem ser emitidos diretamente a partir do sistema-ambiente (interação entre profissionais ocorridas no foro) ou indiretamente a partir doutros subsistemas sociais (política, economia, amizade, etc.), mas que chegam a interferir diretamente no direito processual ao influenciar a marcha e, às vezes, até mesmo o desfecho do conflito de interesses (Lins: 2001, 84).

Verifica-se, no caso brasileiro, que as emissões (*outputs*) advindas de outros sistemas é que influenciam a marcha do processo e a solução do conflito de interesses. O sistema (ou subsistema) processual não pode ser tido como autopoietico, pois ainda se apresenta de forma difusa. A heteroreferência, ou direito processual, é que aponta para o problema da legitimidade na produção do ato processual e também no procedimento que antecede sua concretização.

4 CONCLUSÃO: DICOTOMIA DE INTERESSES NA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO IMPULSO OFICIAL E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. A CONVIVÊNCIA COM A CRISE

Pode-se afirmar que os pressupostos ideológicos da dogmática jurídica são basicamente três, a saber: o princípio da unicidade do direito, o Estado como única fonte e o princípio da racionalidade. Porém, essa pretensão de universalidade, advinda dos parâmetros da dogmática e da sociologia jurídica tradicionais, não é suficiente para explicar o fenômeno jurídico em sociedades como a brasileira. Essas sociedades, ditas emergentes, por possuírem uma realidade fático-social hiper complexa, conferem ao direito um caráter específico (Neves: 2001, 332).

Dita especificidade residiria no fato de que o sistema jurídico num Estado como o brasileiro adquire um caráter alopoietico, isto é, os diversos sistemas dessas sociedades ainda não diferenciados funcionalmente são incapazes de promover sua autopoiese (Teubner: 1993, 53), dependendo da interferência de outros subsistemas (ou sistemas) sociais para poderem funcionar (Adeodato: 2002, 212). Países como o Brasil não se apresentam como sociedades funcionalmente diferenciadas, pondo em cheque a assertiva de que apenas o sistema jurídico pode definir e mudar o direito (Lins: 2001, 115).

Para a dogmatização do direito tem utilidade a ficção do silogismo normativista de que a decisão ou formação do ato jurídico processual provém de normas gerais prévias, argumentação altamente funcional. A ficção da autopoiese, por sua vez, seria prejudicada



pelo reconhecimento explícito da estrutura entimemática da argumentação judicial, na medida em que a decisão precisa ser apresentada como se proviesse de um sistema jurídico funcionalmente diferenciado ou autopoietico. Finalmente, a ideia de uma decisão adequada parece satisfazer necessidades humanas atávicas de segurança, corroborada por uma ética do "real", do "verdadeiro", do "efetivo", no trato dos conflitos (Adeodato: 2002, 261-276).

Dessa feita, as incongruências intra-sistêmicas do processo – representadas aqui pela vetorização oposta entre o princípio do impulso oficial e o princípio da razoável duração do processo –, implicam dicotomia de interesses na produção do ato processual. Essa disfunção brota no sistema jurídico brasileiro em virtude da ocorrência da alopoiese de outros sistemas sociais no direito, diminuindo o grau de legitimidade dos atos jurídicos processuais e, por vezes, produzindo até atos processuais ilegítimos que operam efeitos, fato que fragiliza, por via reflexa, a justificação do poder jurisdicional do Estado frente à sociedade (Lins: 2001, 119).

É como se o Estado se articulasse de acordo com um padrão que o desacredita e o reforça ao mesmo tempo. Esse paradoxo, como se vê, é inevitável e inexplicável à luz dos pressupostos da dogmática e sociologia jurídica tradicionais. O que se sucede, portanto, é uma convivência com a crise; o oficial e o inoficial coexistindo nos mesmos espaço e tempo (Ferraz Jr.: 1984).

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício: ***O Problema da Legitimidade: No Rastro do Pensamento de Hannah Arendt***. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

_____: ***Ética e Retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica***. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAPRA, Fritjov: ***A Teia da Vida***. São Paulo: Cultrix, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel: ***A Instrumentalidade do Processo***. São Paulo: Malheiros, 8ª. ed., 2000.

FARIA, José Eduardo: ***Poder e Legitimidade***. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio: "O Oficial e o Inoficial". *Recife, FUNDAJ, mimeo*, s/d.

LINS, Emilio d'Almeida: ***O Ato Jurídico Processual Ilegítimo: Uma Análise Empírico-Normativa da Realidade Forense***. Recife: PPGD/UFPE (Dissertação de Mestrado), 2001.

LUHMANN, Niklas: ***Legitimação pelo Procedimento***. Brasília: UNB, 1980.

_____: ***Sociologia do Direito II***. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____: ***Sistemas Sociais: Lineamentos para uma Teoria General***. Rubi (Barcelona): Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

MIRANDA, Pontes de: ***Tratado de Direito Privado***. Rio de Janeiro: Borsoi, Tomo II, 1970.

NEVES, Marcelo: "Justiça e Diferença numa Sociedade Global Complexa". In SOUZA, Jessé (org): ***Democracia Hoje: Novos Desafios para a Teoria Democrática Contemporânea***. Brasília: UNB, 2001.

NORONHA, Fernando: ***Direito e Sistemas Sociais: A Jurisprudência e a Criação do Direito para Além da Lei***. Florianópolis: UFSC, 1988.

SANTOS, Boaventura de Souza: "Uma Cartografia Simbólica das Representações Sociais: Prolegômenos a uma Concepção Pós-Moderna de Direito". ***Revista Crítica de Ciências Sociais***. Coimbra, No. 24, mar., 1998.

TEUBNER: Gunter: ***O Direito como Sistema Autopoietico***. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

.....



AS ALTERAÇÕES PROCEDIMENTAIS PROMOVIDAS PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 PARA POSSIBILIDADE DE ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

.....

Arnaldo Fonseca de Albuquerque Maranhão Neto¹

Mariana Dionísio de Andrade²

Rodrigo Ferraz de Castro Remígio³

1 INTRODUÇÃO⁴

O princípio da efetividade da jurisdição, também denominado princípio da efetividade processual (art. 5º, XXXV e LXXVIII da CF/88) atua harmonicamente com os consagrados princípios do acesso à justiça (sendo decorrente deste, no mesmo dispositivo constitucional do art. 5º, XXXV) e da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI da CF/88) numa decisão em sede de tutela de urgência, de modo a anteceder (tutela de urgência antecipada) ou conservar (tutela de urgência cautelar) os efeitos práticos de uma futura sentença.

¹ Mestre em Direito pela UNICAP. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Mackenzie. Bacharel em Direito pela AESO. Membro do Instituto dos Advogados de Pernambuco, Diretor do Sindicato dos Professores do Ensino Superior de Pernambuco (SINPROES). Vice-presidente das Relações Institucionais da OAB Seccional Jaboatão dos Guararapes, Membro da Comissão de Direito de Família e Sucessões da OAB Seccional Jaboatão dos Guararapes. Professor e Coordenador Científico do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário dos Guararapes FG. Conselheiro de Justiça Terapêutica do TJPE. Advogado.

² Doutoranda em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito Processual Civil pela UNIFOR. Professora da disciplina Direito Processual Civil no Curso de Graduação em Direito e Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito e Processo Constitucionais na Universidade de Fortaleza. Pesquisadora do Grupo Epistemologia e Método na Ciência Política Comparada (Cnpq/UFPE). Pesquisadora do Multidoor Courthouse System. Advogada.

³ Doutorando em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Analista Jurídico do Ministério Público de Pernambuco. Professor.

⁴ Agradecemos à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES.



Evidente que possui direito à tutela jurisdicional aquele que reunir todas as condições da ação e ainda demonstrar ser merecedor do direito material. Entretanto, há situações de urgência, ou seja, em que o direito é urgente, devendo-se ser de pronto atendido, sob pena de consequências irreversíveis que prejudiquem de forma substancial o direito material pleiteado.

A ideia de utilizar a abordagem qualitativa como método de investigação científica para a construção do artigo parte da reunião entre as necessidades próprias do estudo e da disponibilidade das fontes de pesquisa, eminentemente teóricas. O material de apoio para o estudo consiste no uso de literatura especializada, legislação atualizada sobre o tema e demais teorias relacionadas à matéria, que ajudaram a construir um estudo sistematizado em três tópicos que abordam a perspectiva conceitual da tutela de urgência, as modificações sofridas a partir da introdução do Código de Processo Civil de 2015 e a relação do instituto com a eficiência do processo.

A escolha da pesquisa qualitativa como metodologia de investigação se sustenta na necessidade de avaliar teorias polissêmicas e definições cruciais para o tema em desenvolvimento, conferindo suporte teórico, documental e doutrinário para as proposições e permitindo a construção de inferências válidas a partir da análise acurada de textos com balizamento científico, propiciando um importante caminho para o acesso às informações desejadas e consequente fortalecimento do conhecimento acadêmico.

O suporte teórico permite não apenas o aprofundamento sobre a matéria em estudo, mas também a codificação, classificação e exploração material dos conteúdos vislumbrados pela doutrina, comparando pensamentos opostos e guarnecendo mecanismos de defesa para a argumentação jurídica.

A pesquisa possui relevância teórica porque pretende oferecer contributos para a literatura sobre o assunto; além de relevância prática, sobretudo porque o conhecimento sobre as modificações propostas pela novel legislação processual civil constitui elemento fundamental para o exercício da atividade forense, em todos os níveis.



2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: O INSTITUTO DA TUTELA DE URGÊNCIA

Ao tratar sobre a tutela jurisdicional, é necessário abranger o tema à assistência, amparo, proteção e defesa que o Estado-juiz oferece em relação aos direitos dos indivíduos, a partir do impulso oficial. A ação judicial, portanto, é a materialização da busca pela efetiva prestação jurisdicional, que por sua vez se realiza por meio do processo, e este último se desenvolve através de um determinado procedimento.

A prestação jurisdicional significa que o Estado-juiz deve apreciar as lesões e ameaças de direito, formular juízo de valor sobre o caso em concreto e impor medidas necessárias para a preservação ou reparação dos direitos reconhecidos.

Nos moldes clássicos, a tutela jurisdicional era classificada em três espécies: tutela de conhecimento, tutela executiva e tutela cautelar⁵. Atualmente, com a edição da Lei nº 13.105/2015, o processo civil passou a ter apenas duas espécies de tutela jurisdicional: a de conhecimento (onde deve-se conhecer e declarar o direito material ao caso em apreço) e a executiva (onde busca-se a concretização de um direito já reconhecido), mantendo-se a tutela cautelar independente de um processo específico, podendo ser pleiteada tanto na tutela de conhecimento como na executiva, da mesma forma em que aplica-se a tutela antecipada (ou seja, tanto em sede de processo de conhecimento, como em processo de execução).

Para se obter a real efetivação de uma tutela jurisdicional definitiva, muitas vezes é necessária, antes, a obtenção de uma tutela jurisdicional provisória. A tutela provisória é o gênero do qual são espécies as tutelas de urgência e a de evidência (ambas previstas em tópico específico no novo diploma processual)⁶.

⁵ "Tutela de conhecimento, tutela executiva e tutela cautelar constituem, nos moldes clássicos acima reproduzidos, as três espécies de tutela jurisdicional e com base nelas é que também o legislador brasileiro de 1973 formulou a estrutura do direito processual civil: a cada espécie de tutela correspondem "processos", "ações" e "procedimentos", com seus princípios e normas próprias e separados em Livros específicos" (ZAVASCKI, 2005, p. 9).

⁶ Livro V, Títulos I, II e III do CPC/2015 (arts. 294 a 311).



Redundante, porém correto afirmar que a tutela provisória de urgência se fundamenta pela urgência e a tutela provisória de evidência se fundamenta na evidência sem exigir a urgência, diante disso, fácil é perceber que a tutela de evidência se trata de uma possibilidade de julgamento antecipado do mérito (e agora pelo diploma processual, podendo ser parcial ou total, tal julgamento antecipado), diante das hipóteses previstas no artigo 311 do CPC vigente, em seus incisos I a IV.⁷

A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental e, salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Entende-se que a finalidade do processo é a realização de um direito reconhecido. Para tanto, muitas vezes o direito precisa ser urgentemente reconhecido, sob pena de perda do mesmo (sua utilidade útil) ou perda de sua finalidade prática. No primeiro caso, temos a tutela de urgência satisfativa, representada pela tutela antecipada; já no segundo caso, temos a tutela de urgência conservativa, representada pela tutela cautelar.

A tutela cautelar (preventiva) e a tutela antecipada (satisfativa) possuem características em comum: a urgência, a provisoriedade, a precariedade e a possibilidade de reversibilidade do pedido.

As tutelas provisórias de urgência antecipada e cautelar são dotadas da provisoriedade e precariedade como características principais. Daí a expressão

⁷ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.



“reversibilidade da medida” para melhor expressar tais características. Por reversibilidade da medida, entende-se que o julgamento é provisório e não definitivo, bem como a sua concessão é justificada pelo princípio da necessidade, razão pela qual a tutela deve ser concedida de imediato para garantir a efetividade da prestação jurisdicional.

A provisoriedade das tutelas de urgência é representada pela eficácia temporal, ou seja, limitada até a finalização regular do processo em que se busca a tutela definitiva correspondente. Ser provisória é ser temporária e ser precária induz que a tutela provisória pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo e em qualquer fase processual, desde que haja mudança no estado de fato e de direito trazido aos autos.

Outra característica das tutelas de urgência é que podem ser concedidas liminarmente (*inaudita altera parte*), não se aplicando a regra do art. 9º do CPC/2015 (vedação da decisão surpresa), ou mediante audiência de justificação prévia, podendo, ainda o julgador condicionar a prestação da tutela de urgência à prestação de caução (real ou fidejussória).

Com relação à tutela provisória de urgência, temos como subespécies as tutelas de natureza satisfativa e a de natureza conservativa de direitos, nominadas respectivamente como tutela antecipada e tutela cautelar. Em ambos os casos, o juiz aprecia a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 300 do CPC/2015).

De tal modo, a tutela provisória de urgência, tendo em vista um fato ou situação que possa comprometer a regular prestação da tutela definitiva, implica numa rápida efetividade da medida, o que se faz através de uma cognição sumária, ou seja, menos aprofundada que uma cognição exauriente, mas sendo necessária para garantir efetividade do direito material amparado pelo processo.

Observa-se, ainda que a tutela cautelar não exige mais um processo específico, tendo em vista a abolição do processo cautelar no CPC/2015, podendo a tutela cautelar ser pleiteada no processo de conhecimento ou no de execução, em qualquer fase processual, inclusive na sentença e ainda de forma antecedente (arts. 305 a 310 do



CPC/2015). Do mesmo modo, a tutela antecipada pode ser pleiteada de forma antecedente pelo novo diploma processual (arts. 303 e 304 do CPC/2015).

3 MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.105/2015

As alterações propostas pelo Código de Processo Civil de 2015 evidenciam a necessidade de atualizar a legislação para tornar a dinâmica processual civil menos lenta e mais adequada às demandas que se apresentam, priorizando o direito material em relação à forma e ressignificando o papel dos sujeitos na relação jurídico-processual.

Ressignificar o formalismo, tornando-o valorativo, aduz à perspectiva de que há valores não apenas jurídicos, mas também sociais a serem considerados, o que se torna um imperativo no processo. Então, por óbvio, impõe-se a observação do processo como um meio para se atingir a um fim, ou seja, para realizar a justiça material e a paz social, é necessário utilizar mecanismos procedimentais de organização mínima do próprio processo (*fair trial*), típicos do Estado Democrático de Direito. (ANDRADE, 2016).

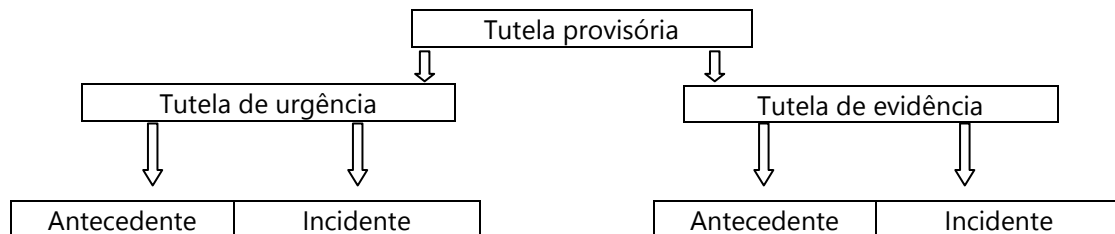
Para que o processo funcione, é imperioso construir uma ponte dialógica entre a legislação - que deve se aproximar da dinâmica muitas vezes conflitiva das relações humanas, e a preservação de um devido processo legal. "Não basta às partes terem o direito de acesso ao Judiciário. Para que o socorro jurisdicional seja efetivo é preciso que o órgão jurisdicional observe um processo que assegure o respeito aos direitos fundamentais, o devido processo legal, conforme descrição do Art. 5º, LIV, CF/88". (ROCHA, 2009, p.32).

As modificações que orientam a nova dinâmica dos processos que envolvem a urgência e a antecipação dos efeitos da tutela influem diretamente nas relações entre profissionais do Direito e processo, o que exige maior atenção e ponderação dos estudos sobre o tema.



3.1 UNIFICAÇÃO DO PROCEDIMENTO E DOS REQUISITOS

As alterações propostas pela Lei nº 13.105/15 promoveram uma simplificação nos procedimentos referentes à tutela antecipada, unificando o regime e determinando as mesmas exigências para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa, quando há risco de dano ou grave ameaça ao bem jurídico que se pretende resguardar. Essa unificação aproximou os pressupostos de ambos os institutos, efetuando, de acordo com a disposição do art. 294, CPC/15, um definitivo esclarecimento: “A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência”, ou seja; tutela de provisória é gênero dos quais descendem as espécies urgência (que inclui cautelar e antecipada) e evidência.



A dispensa de um processo cautelar autônomo também constituiu uma inovação, tornando possível o deferimento da tutela provisória nos autos da ação principal, sem a necessidade de um novo processo ou pagamento de novas custas. De acordo com a leitura do § 1º, I, do art. 303, quando concedida a tutela antecipada, o autor deverá realizar as devidas complementações da argumentação com a juntada de documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias; e no caso de concessão da tutela cautelar, em 30 (trinta) dias, conforme preleciona o art. 308 do CPC/15.

3.2 POSSIBILIDADE DE ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

O direito processual deve assegurar que o processo constitua mecanismo hábil para a realização de direitos de maneira profícua e frutuosa, especialmente nas circunstâncias que exigem tratamento urgente, cuja falta de celeridade poderia gerar riscos irreversíveis de dano ao bem jurídico tutelado. Tais circunstâncias, identificadas pela novel legislação



processual como tutelas de urgência, são verificadas como elementos motivadores de um processo cujas ações devem ser realizadas imediatamente, para garantir efeito útil.

A alteração proposta pelo CPC/15 possibilitou que o pedido de tutela antecipada antecedente concentrasse o requisito da urgência, tornando a análise sumária em um primeiro momento e conferindo posterior provimento ao pedido, sem, no entanto, suprimir o pedido de análise de cognição exauriente, uma vez que, após o aditamento da inicial, todos os procedimentos do processo tomam o curso normal. (ASSUMPÇÃO, 2016).

Assim como o disposto no art. 303 da Lei nº 13.105/15, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, “a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo”.

Para Guedes (2016, p. 133), “em uma análise panorâmica, os requisitos do cabimento de tutela antecipada nos moldes do art. 303 são: 1. A urgência contemporânea à propositura da ação; 2. O perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”. Sobre o tema, importa assinalar que a estabilização se aplica, tão-somente, no procedimento de tutela antecipada concedida em caráter antecedente, não se admitindo, em regra, a incidência nas tutelas provisórias de natureza cautelar ou de evidência.

Considerando a inércia do réu à antecipação do pedido, o CPC/15 conferiu a possibilidade de estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente, permitindo que o autor indique apenas o pedido urgente para que sinta estabilizados os efeitos da antecipação, bastando que indique na petição inicial, que pretende valer-se do benefício previsto no *caput* do art. 303.

Entretanto, ao identificar no art. 304 que a “tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”, restam pontos não esclarecidos e que suscitam dúvidas aos profissionais da área, especialmente no polo passivo da demanda. O fato de aditar a petição inicial é requisito



essencial para a estabilização? Qual seria o comportamento mais adequado para o réu para afastar a possibilidade de estabilização da decisão sumária?

Ora, apenas a inércia do réu seria condição suficiente para garantir os efeitos da estabilização? A não interposição do respectivo recurso identifica por si a inércia, ou o fato de recorrer e o recurso não ser provido? Além disso, basta interpor recurso para imediatamente afastar a estabilidade e os efeitos da tutela antecipada, ou deve-se aguardar por sua admissão? E a apresentação de pedido de suspensão de liminar previsto em lei especial (a exemplo dos pedidos de suspensão de liminar previstas pela Lei nº 8.437/92 e Lei nº 9.494/97) ou de reclamação, conforme previsto no art. 988 do mesmo CPC/15, deixariam de ser aplicáveis?

Ainda, o art. 304, §§ 2º e 3º enunciam, respectivamente, que qualquer das partes poderá demandar a outra “com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada”, e que a tutela antecipada conservará seus efeitos “enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º”.

Tais dispositivos geram a seguinte dúvida: se o intuito é rever, reformar ou invalidar a tutela, e se ambas as partes podem fazê-lo, o recurso adequado seria a contestação, o que não levanta polêmicas. Mas seria a contestação pela demonstração do inconformismo mecanismo adequado para afastar a estabilização, uma vez que se trata de decisão interlocutória em que só seria admissível agravo de instrumento, conforme determina o art. 937, VIII, art. 994, II e art. 1.015, I, CPC/15?

Em seguida, o § 5º do mesmo artigo destaca que “o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º”, o que leva a crer que a decisão que determinou a tutela faz coisa julgada. Todavia, o § 6º estabelece que “decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar [...]”, o que gera um confronto hermenêutico.



Para Marinoni e Arenhart (2014), a coisa julgada representa a impossibilidade de rediscutir a matéria já decidida em uma relação processual, tornando insubsistente qualquer possibilidade de nova argumentação sobre o que está posto. Ora, uma vez que se coisa julgada é qualidade conferida à sentença que não pode mais ser modificada via recurso; e a estabilidade da tutela só pode ser afastada via recurso, logo, tornou-se algo híbrido, uma “quase coisa julgada”, especialmente porque não houve discussão sobre uma decisão a partir da oitiva apenas dos argumentos levantados pelo autor, de maneira sumária.

Não se pode olvidar que se a decisão pela estabilização da tutela antecipada é tomada em caráter de urgência, e se baseia apenas na argumentação exposta pela petição inicial, competindo ao autor apenas identificar a tal situação de urgência. Assim, como admitir que passados dois anos para revisão da decisão estabilizada sem recurso ela se tornaria definitiva, se foi pautada apenas em cognição sumária, conforme enuncia o *caput* do art. 303?

São reflexões necessárias que exigem ponderação do julgador que, sob a iniciativa de resguardar o bem jurídico em caráter de urgência, pode vir a cometer incongruências entre o disposto no art. 303 e seguintes e o princípio do devido processo legal. A paridade de armas deve permanecer na relação jurídico-processual, sem deixar de observar o cuidado com a proteção do bem jurídico, tampouco a necessidade de promover um processo justo.

3.3 DISPENSA DE UM PROCESSO CAUTELAR AUTÔNOMO

Efetivada a tutela cautelar, que objetiva assegurar o direito contra o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (e não mais expressamente ao bem jurídico, como tratava o CPC/73), o pedido principal deve ser formulado no prazo de 30 (trinta) dias, em obediência ao disposto pelo art. 308. Esse pedido principal não depende do adiantamento de novas custas processuais, pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar e admite, no momento de sua formulação, o aditamento da causa de pedir.



Essas alterações identificam a dispensa de um processo cautelar autônomo para a tutela cautelar concedida em caráter antecedente, entretanto, resta esclarecer que não se dispensa a dedução do autor pelo pedido principal no prazo legal para garantir a eficácia da tutela. Ainda, de acordo com o art. 309, “cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se [...] II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias”.

4 A MODIFICAÇÃO IMPACTA A EFETIVIDADE DO PROCESSO NAS CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS DE TUTELAS PROVISÓRIAS?

Ainda não é possível definir se as modificações realizadas na legislação processual civil são suficientes para impactar a efetividade do processo como um todo, mas é concebível identificar uma tendência quanto às circunstâncias autorizadas de tutelas provisórias, especialmente no contexto da possibilidade de estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente.

De acordo com a disposição do art. 305 do CPC/2015, a petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente “indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”. Essa descrição trouxe quatro importantes inovações que não possuem correspondentes com o CPC/1973; a ideia de que o pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar; o aditamento da causa de pedir no momento de formulação do pedido principal; a intimação das partes para audiência de conciliação ou mediação na pessoa dos advogados, sem necessidade de nova citação do réu; e, caso não haja composição, nova contagem do prazo para contestação, na forma do art. 335.

Outra inovação foi a concessão da tutela de evidência, concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, desde que obedecidos requisitos como a caracterização do abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; comprovação documental das



alegações de fato e existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; existência de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito; e instrução da petição inicial com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Tratam-se de iniciativas que se aliam ao princípio da efetividade da prestação jurisdicional, previsto constitucionalmente e decorrente do acesso à justiça, uma vez que traduzem a ideia de uma correta aplicação do direito processual no plano material, de maneira menos onerosa para o Estado e mais célere para o jurisdicionado. Consagrar novas formas de atingir o direito e ir além do mero tecnicismo significa ressignificar o processo civil, trazendo resultados práticos para a sociedade e evidenciando uma necessária preocupação com a eficiência da lei processual.

A garantia constitucional da efetividade da jurisdição deve ser observada não apenas pelas autoridades judiciais e administrativas; mas sim, por todos os sujeitos do processo, que devem estar comprometidos com a resolutividade do processo e com a adoção de procedimentos menos complexos mas que levem a respostas úteis.

5 CONCLUSÃO

Respondendo ao problema de pesquisa, as alterações procedimentais promovidas pelo Código de Processo Civil de 2015 para o instituto da tutela antecipada tendem a impactar a efetividade do processo, na medida em que se propõem a adiantar as medidas de proteção do direito contra o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Não que as modificações, por si, sejam condição suficiente e necessária para impactar a efetividade do processo, mas há uma tendência para que isso ocorra em razão da simplificação dos procedimentos, unificação de pressupostos e possibilidade de estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente, o que tornaria mais célere, em termos teóricos, o curso dos pedidos de antecipação dos efeitos da tutela.



Para responder ao problema de pesquisa, foi necessário revisitar o conceito de tutela antecipada, assim como requisitos e características fundamentais; abordar as modificações promovidas pela Lei nº 13.105/2015; estabelecer relações entre o instituto da tutela de urgência e a dinâmica neoprocessual do formalismo valorativo e, finalmente, construir uma ponte dialógica entre princípio da efetividade na prestação da tutela jurisdicional e as modificações procedimentais para a tutela de urgência.

Evidencia-se a necessidade por uma mudança imediata de postura por parte dos profissionais do Direito, que devem se atualizar dadas as alterações sistemáticas impulsionadas pela nova redação do Código de Processo Civil, o primeiro do regime democrático brasileiro. Instrumentos relevantes foram incorporados, normas fundamentais foram esclarecidas e novas possibilidades foram desenvolvidas, o que conduz a uma reflexão profunda sobre seus efeitos em diversos aspectos do cotidiano forense, especialmente para materializar a garantia constitucional da efetividade jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mariana Dionísio de. Impactos do processo cooperativo no Código de Processo Civil de 2015: avanços na dinâmica processual para a advocacia privada. In: PEIXOTO, Renata Cortez et al. *Temas relevantes de direito processual civil: elas escrevem*. Recife: Editora Armador, 2016, pp. 94-124.

ASSUMPÇÃO, J. B. A celeuma da estabilização da tutela antecipada antecedente. In: *Revista Ciências Jurídicas e Sociais*. UNIPAR. Umuarama. v. 19, n. 1, p. 39-59, jan./jun. 2016.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Senado. Brasília, DF, 2015.

_____. *Lei nº 9.494 de 10 de setembro de 1997*. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Senado. Brasília, DF, 1997.

_____. *Lei nº 8.437 de 30 de junho de 1992*. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Senado. Brasília, DF, 1992.

GUEDES, Lorena B. D'Almeida. Breve análise sobre a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente: da *procédure de référé* às lacunas do CPC/15. In:



PEIXOTO, Renata Cortez et al. *Temas relevantes de direito processual civil: elas escrevem*. Recife: Editora Armador, 2016, pp. 125-138.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.





MEDIDA PROVISÓRIA NA PRÁTICA: **CONTROLE DO AUTORITARISMO E GOVERNABILIDADE**

.....
Ana Beatriz de Araújo Lucena¹
Hélio Sílvio Ourém Campos²

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 autoriza ao Presidente da República a editar medidas provisórias, com força de lei, em situações de relevância e urgência, em que inviável seria aguardar o devido cumprimento do trâmite de deliberação do Congresso Nacional. Entretanto, a experiência brasileira demonstra uma tradição de abuso no exercício atípico de função legislativa pelo Executivo, de forma que a utilização dessa espécie normativa é alvo de diversas críticas.

Nesse contexto, o presente artigo pretende analisar o referido instituto a partir de uma outra ótica, dessa vez sob um viés prático. Dessa forma, é reconsiderada a condenação à medida provisória, reconhecendo a possibilidade do seu emprego como instrumento útil à governabilidade.

Este trabalho está estruturado em quatro capítulos. O primeiro apresenta um breve histórico das constituições brasileiras, desde a Constituição de 1824 até a Emenda Constitucional de 2001, constatando que a existência de atos do Executivo com força de lei faz parte da tradição brasileira. O segundo capítulo permite obter uma panorâmica da realidade da produção legislativa. Isso é feito através da análise de dados secundários, que permitem verificar como o Executivo interfere no exercício da atividade que é preponderantemente do Poder Legislativo, qual seja, a de legislar. A terceira parte evidencia o papel da medida provisória na questão da governabilidade, sob os paradigmas

¹ Graduanda em Direito – Universidade Católica de Pernambuco.

² Doutor em Direito – Universidade Católica de Pernambuco.



do neoconstitucionalismo, considerando-a como parte da busca pelo real cumprimento das funções estatais. Por fim, reconhecendo que nem todas as medidas provisórias editadas estão inseridas na perspectiva apresentada, a última parte fomenta a discussão acerca do controle do conteúdo dessas espécies normativas pelo Poder Judiciário. Para tanto, evidencia-se a ocorrência de um avanço nesse sentido, mediante a alteração do posicionamento do STF acerca da possibilidade de revisão judicial das medidas provisórias utilizadas para a abertura de crédito extraordinário.

O presente estudo não pretende, nem pode exaurir a matéria, mas propõe uma reflexão acerca da imprescindibilidade de renovar o olhar sobre a relação entre os três Poderes, de forma a melhor garantir a perpetuação da democracia.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 HISTÓRICO E DESENVOLVIMENTO

A medida provisória é um instrumento de utilização adequada ante à existência de um fato urgente e relevante que reclama normatização imediata, sob pena de prejuízo ao interesse público. Nesse contexto emergencial, em que inviável seria aguardar a devida deliberação do Congresso Nacional, o Chefe do Poder Executivo é autorizado a editar medidas provisórias, com força de lei, para solucionar imediatamente a questão.

Entretanto, é ponderoso pontuar que essa espécie normativa foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro em substituição ao antigo decreto-lei, havendo influência do direito italiano através da figura do decreto-legge, previsto no art. 77 da Constituição Italiana de 1947 (LENZA, 2013, p. 639). A importação desse instituto foi polêmica devido às diferenças dos modelos de governo empregados na Itália e no Brasil, quais sejam o parlamentarismo e o presidencialismo, respectivamente. A questão tem relação com a possibilidade de responsabilização política do Chefe do Executivo, conforme ensina o professor Luiz Pinto Ferreira:

As medidas provisórias são mais específicas do regime parlamentarista, em que o gabinete é uma dependência do corpo legislativo, podendo tal gabinete cair em



face de desacordo com este. No regime presidencialista o Chefe do Executivo não está sujeito a censura que provoque a sua demissão, e assim a medida provisória é uma forma de concentração de poder no Executivo. (FERREIRA, 2001, p. 339)

Sobre esse tema, também é válido evidenciar que a experiência brasileira aponta para uma tradição de abuso do exercício de atividade legislativa pelo Executivo. Tal posicionamento reporta aos períodos ditatoriais, em que o decreto-lei foi amplamente utilizado para legitimar condutas antidemocráticas, legalizando o regime autoritário, a censura e a limitação da liberdade de expressão (MEMÓRIAS DA DITADURA, 2017). Assim, ante a esse dado de realidade, a introdução da medida provisória foi alvo de críticas, por ser compreendida como análoga ao decreto-lei.

Ante o exposto, é imprescindível uma rápida análise histórica, para que se possa traçar a evolução do procedimento legislativo utilizado no Brasil diante de situações emergenciais.

A Constituição Imperial de 1824, outorgada após a independência do Brasil, previa a possibilidade de edição de medidas provisórias em seu art. 179, inciso XXV que dispõe:

Nos casos de rebelião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades, que garantem a liberdade individual, poder-se-ha fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achando porém a esse tempo reunida a Assembléa, e correndo a Patria perigo imminente, poderá o Governo exercer esta mesma providencia, como medida provisoria, e indispensavel, suspendendo-a immediatamente que cesse a necessidade urgente, que a motivou; devendo num, e outro caso remetter á Assembléa, logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões, e d'outras medidas de prevenção tomadas; e quaesquer Autoridades, que tiverem mandado proceder a ellas, serão responsaveis pelos abusos, que tiverem praticado a esse respeito.

Da leitura, destaca-se que a elaboração dessa espécie normativa era autorizada apenas em hipóteses de rebelião ou invasão de inimigos. Ademais, como depreende-se do final do dispositivo, havia a possibilidade de responsabilização das autoridades pelo abuso das práticas tomadas.

As Constituições Republicanas de 1891 e 1934, por sua vez, não trouxeram expressamente qualquer tipo de espécie normativa direcionada à regulamentação de



situações imprevistas. Entretanto, tal fato não impediu o Executivo de atuar nessa seara, que deliberava através de atos normativos.

A Constituição de 1937 alude à um período peculiar da história brasileira. Apesar de mantida a “tripartição de Poderes”, a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais foram dissolvidas, de forma que o Legislativo nunca chegou a ser instalado (LENZA, 2013, p. 117). Tal aspecto é relevante quando reconhecido que foi o momento de introdução da figura do decreto-lei. Assim, apesar do texto constitucional trazer hipóteses de utilização e limitações materiais à utilização dessa espécie normativa nos arts. 13 e 14, bastava a redação do art. 180, uma vez que este previa que “enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União”. Assim, tendo em vista que o Parlamento Nacional nunca se reuniu, bastava a indicação desse artigo para proceder com a edição.

Em contrapartida, a Constituição de 1946 aboliu qualquer tipo de disposição para disciplinas situações de urgências. Entretanto, assim como ocorreu em 1891 e 1934, a ausência de previsão não impediu o Executivo de legislar.

Em 1964, em virtude do Golpe de Estado, era comum a expedição de Atos Institucionais pelos militares (LENZA, 2013, p.122). Com relação à temática abordada, destaca-se o AI nº 2, que possibilitou a edição de decretos-leis pelo presidente da República. Contudo, é perceptível que, apesar do art. 30 limitar a sua utilização às matérias de segurança nacional, o parágrafo único do art. 31 autorizava a deliberação sobre todas as matérias previstas na Constituição, caso decretado o recesso parlamentar.

A Constituição de 1967, inovou ao trazer requisitos de urgência *ou* interesse público para a elaboração de decreto-lei, associando-os à limitações materiais, uma vez que a norma poderia versar apenas sobre segurança nacional, finanças públicas ou criação de cargos e fixação de vencimentos, conforme a redação dada pela EC nº 1/69 do art. 55.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988.



O art. 62 da Carta Magna autoriza o Presidente da República a editar medidas provisórias, com força de lei, em casos de relevância e urgência. O estabelecimento dessa espécie normativa objetivava corrigir as distorções observadas no regime militar devido ao abuso da função atípica por intermédio do decreto lei. Entretanto, na prática, percebeu-se também a desvirtuação desse instituto, trazendo "insegurança jurídica e verdadeira 'ditadura do executivo'" (LENZA, 2013, p. 640).

Nesse contexto, o instituto foi posteriormente modificado com o advento da EC nº 32/2001. As alterações versavam, em grande parte, em limitações materiais ao exercício desse poder. Contudo, ressalta-se que uma das principais mudanças implicou na impossibilidade de reedição de medidas provisórias. Em contrapeso, o prazo de eficácia foi ampliado de 30 para 60 dias, prorrogável por igual período.

Outra novidade trazida pela referida emenda encontra-se no §6º, que prevê o sobrestamento de todas as demais deliberações legislativas da casa do Congresso Nacional que não apreciar a MP no prazo de 45 dias, contados de sua publicação. Esse dispositivo fomenta a ideia de que essa espécie normativa altera o equilíbrio entre os Poderes, uma vez que a pauta do Congresso Nacional fica submetida ao Executivo. Nessa lógica, a interpretação do dispositivo foi objeto do Mandado de Segurança 27931, cujo recente julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de que o trancamento de pauta alcança apenas projetos de leis sobre temas passíveis de serem tratados por Medidas Provisórias. Assim, mantém-se a apreciação de propostas de emenda à Constituição, de projetos de lei complementar, de decreto legislativo, de resolução e de projetos de lei ordinária cujo tema não possa ser disciplinado por medida provisória. De acordo com o voto do ministro Luís Roberto Barroso, entendimento diverso vulneraria o núcleo essencial da separação dos Poderes e acarretaria na paralisação do funcionamento do Congresso Nacional.



2.2 DA RELAÇÃO ENTRE OS PODERES

O Direito brasileiro consagra, no art. 2º da Constituição Federal, a separação de Poderes ao dispor que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. O dispositivo legitima a lógica do sistema de freios e contrapesos, reconhecendo a imprescindibilidade do equilíbrio e, portanto, da interpenetração entre as funções estatais. Dessa forma ensina Alexandre de Moraes:

Com base nessa proclamação solene, o próprio legislador constituinte atribuiu diversas funções a todos os Poderes, sem, contudo, caracterizá-la com a exclusividade absoluta. Assim, cada um dos Poderes possui uma função predominante, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional. São as chamadas funções típicas e atípicas. (MORAES, 2006, p. 376)

Sob a presente perspectiva, constata-se que a possibilidade de edição de medidas provisórias pelo Presidente da República configura um exemplo de função atípica do Poder Executivo, uma vez que a referida atividade possui natureza legislativa.

Entretanto, a medida provisória esta não é a única forma de interpenetração do Executivo na função legislativa. O texto constitucional dispõe atividades dessa natureza ao atribuir competência ao Presidente da República para elaborar leis, ao prevê o poder de veto presidencial e pelas leis delegadas. Entretanto, essas últimas, diferentemente das medidas provisórias, são pouco utilizadas. Tal constatação decorre do maior rigor conferido às leis delegadas, em contraste com a conveniência do procedimento previsto para as medidas provisórias (LENZA, 2013, p.639). Conforme exposto, a elaboração de medidas provisórias é ato unipessoal, dependente da discricionariedade do Presidente da República, possuindo efeito imediato, e, inclusive, trancando a pauta de deliberação se não apreciadas dentro do prazo legal. As leis delegadas, por outro lado, tratam-se de uma transferência temporária da competência de legislar concedida mediante solicitação do Executivo. Assim, o pedido é apreciado e, se aprovado, será transformado em resolução, que conterá a especificação do conteúdo da delegação e das suas condições de exercício (LENZA, 2013, p.637).



Diante desse cenário, merece destaque o artigo “Construção da agenda do legislativo: estudo comparado a partir da experiência do legislativo federal brasileiro nos governos FHC e Lula”, elaborado por acadêmicos vinculados à Universidade Federal de Campina Grande (UFCG) e à Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). O estudo se propôs a analisar o fluxo de edição de medidas provisórias de 1995 a 2010, período que perpassa os governos FHC e Lula, por meio de busca manual e coleta de dados secundários disponibilizados pelo Palácio do Planalto e do Congresso Nacional. O resultado da pesquisa permite obter uma panorâmica da realidade do processo legislativo brasileiro, percebendo como as hipóteses de exercício da função atípica interfere na produção normativa.

Com relação à questão da iniciativa de leis, os dados colhidos evidenciaram que tanto no governo FHC, quanto no governo Lula, a maioria das leis ordinárias elaboradas foram propostas pelo Executivo. Durante o mandato do ex-presidente Lula, trazido a título de exemplo porquanto mais recente, foram editadas 1.544 leis ordinárias, sendo que dessas, 800 foram de iniciativa do Executivo, enquanto 540 foram elaboradas pelo Legislativo.

Outro ponto que ganha destaque é a análise realizada pelo artigo acerca do poder da agenda do Executivo sobre o Congresso Nacional. O estudo demonstrou que das 830 medidas provisórias editadas de 1995 a 2010, 81,81% foram convertidas em lei pelas Casas Legislativas. De acordo com a conclusão trazida pelo artigo, somado tal fato à possibilidade de trancamento de pauta, é perceptível o controle da agenda pública do Legislativo pelo Executivo.

Com efeito, é flagrante o protagonismo do Presidente da República na atividade que é essencialmente do Poder Legislativo. A situação é mais delicada ainda quando considerando as outras demais possibilidades de interferência na atividade legislativa pelo Executivo não analisadas pelo estudo. É plausível sentir a gravidade desse quadro, uma vez que o Congresso Nacional tem o exercício de sua função típica prejudicado pelo excesso de intervenção governamental, colocando em perigo a harmonia entre os Poderes.



Essa perspectiva está adstrita às medidas provisórias, sendo primordial reconhecer a pertinência de diversas críticas quanto ao seu abuso, seja no aspecto quantitativo, seja no aspecto material, neste artigo entendido como decorrentes da inobservância dos requisitos de relevância e urgência. No tocante ao assunto, Márcia Maria Corrêa de Azevedo apresenta severa crítica ao instituto, entendendo que “representam o câncer que consome, lenta e gradualmente, a saúde de nossa democracia” (2001, p.178 apud LENZA, 2013, p.640). Assim, é primordial uma apreciação da conjuntura contemporânea brasileira e sua relação com a edição das medidas provisórias.

2.3 NEOCONSTITUCIONALISMO E GOVERNABILIDADE

O Estado tem como uma das finalidades essenciais a constituição de condições de vida favoráveis e fomentadoras ao desenvolvimento integral da personalidade humana e da sociedade como um todo. Necessário é, portanto, conforme a arquitetura neoconstitucionalista, que o Estado reaja aos anseios democráticos, direcionando a força normativa à busca pela real concretização das funções estatais. Expõe Roberta Corrêa de Araujo Monteiro que “ao final da Segunda Grande Guerra Mundial observa-se uma reconfiguração do constitucionalismo, dando início a uma ampla e ainda inacabada reflexão acerca do Direito, sua função social e sua interpretação” (MONTEIRO, 2015, p.98).

Nesse diapasão, urge ressaltar a necessidade de atualizar a interpretação dada à utilização das medidas provisórias, considerando “o conjunto de transformações metodológicas, teóricas e ideológicas ocorridas no âmbito do Direito Constitucional” (MONTEIRO, 2015, p.97). O que se compreende é que, à medida que o Estado incorporou responsabilidades mediante a ampliação do âmbito de proteção dos direitos e a redefinição das relações entre seus poderes (MONTEIRO, 2015, p.97), o leque de hipóteses que resultam num cenário relevante e urgente foi ampliado. Para elucidar melhor a questão, importa colacionar as palavras de Clèmerson Merlin Clève:

A dinâmica das relações sociais, a intensidade das demandas econômicas e a velocidade das mutações políticas reclamam uma pronta intervenção do Estado. As políticas públicas sucedem-se com a finalidade de implementar diretrizes novas ou de oferecer respostas a crises conjunturais recorrentes. Trata-se de contexto capaz



de colocar em questão o sistema tradicional de organização funcional do Estado, exigindo, não poucas vezes, a revisão dos papéis do Executivo e do Legislativo (CLÈVE, 2011, p.19).

O que se conclui, portanto, é que a edição de medidas provisórias é assunto atrelado à questão da governabilidade, que por sua vez é entendida como:

A capacidade de um sistema político de produzir políticas públicas que resolvam os problemas da sociedade, ou, dizendo de outra forma, de converter o potencial político de um dado conjunto de instituições e práticas políticas em capacidade de definir, implementar e sustentar políticas (CASTRO SANTOS, 1997, p. 344).

r

Dessa forma, reconhece-se que inércia estatal ante situações que prejudicam a sociedade, seja pelo âmbito econômico, social ou individual, configura inadequação aos novos paradigmas constitucionais. Acrescenta-se que, por vezes, o procedimento legislativo ordinário não é opção viável devido à sua morosidade. Por conseguinte, a medida provisória é instrumento empregado para dar seguimento e execução às políticas públicas. Esse dado fático é conhecido dos aplicadores do direito, a exemplo do ministro Gilmar Mendes, que, em reunião da Comissão Especial para elaboração do parecer à PEC 511 destinada à alteração do trâmite das medidas provisórias afirmou:

É muito difícil conduzir esse tema sob a perspectiva das regras de autocontenção. Por quê? Porque, na realidade, aqui não se cuida, muitas vezes – e estou falando para pessoas tão experientes-, de uma opção do Presidente da República, no sentido pessoal do termo. O Presidente recebia uma demanda do Ministério da Fazenda, que dizia, por exemplo, ser aquela medida provisória imprescindível para o novo modelo, e lá vinha a Casa Civil com voto vencido na matéria (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2008, p. 37).

r

É ponderoso frisar que o panorama apresentado não pretende eximir o Executivo da responsabilidade frente às situações de abuso. O que se demonstra é apenas o fato de que, em determinados casos, a espécie normativa em questão é utilizada para dar, em termos práticos, seguimento célere às políticas públicas governamentais. A condenação de tal realidade, sob o viés da concretização das funções estatais, é relativa, e, portanto, depende da análise de cada caso concreto. Assim sendo, faz-se essencial o controle das medidas provisórias editadas pelo Presidente.



2.4 ABUSO E CONTROLE

A medida provisória, assim como todas as demais leis e atos normativos, está sujeita ao controle de constitucionalidade, seja no que tange à regulamentação dada à matéria, seja ao respeito aos limites materiais ou aos requisitos de relevância e urgência (MORAES, 2006, p.612). Entretanto, com relação a essa última, o atual posicionamento do STF a compreende como eventual, apenas possível quando flagrante o desvio de finalidade ou abuso do poder de legislar. Tal entendimento leva em consideração o fato de que a verificação da configuração de tais pressupostos é esfera discricionária do Presidente da República, já havendo posterior análise do Congresso Nacional, que pode deixar de converter a medida provisória em lei por ausência dos pressupostos constitucionais (MORAES, 2006, p.614). Dessa forma, a invasão dessa seara pelo Judiciário é tida como excepcional.

Entretanto, tendo em vista o histórico de abuso de edição de medidas provisórias, bem como a crescente importância operacional concedida à essa espécie normativa, resta demonstrado que essa vertente se encontra em desalinho com a realidade brasileira. Nesse aspecto, é pertinente o ponto de vista defendido por Clèmerson Merlin Clève:

Não parece ser possível, neste momento histórico, postular, simplesmente a supressão dos atos normativos primários emanados do Executivo. Antes, cumpre trabalhar juridicamente (e politicamente, por que não?) no sentido de fulminar o abuso da atividade legiferante do Governo, em benefício da plena efetividade da Constituição e para proveito da democracia (CLÉVE, 2011, p. 23).

É importante evidenciar que a presente discussão ganha fôlego ao considerar o fortalecimento do fenômeno da judicialização no Brasil, aqui entendido como a transferência ao Poder Judiciário de decisões que deveriam ser tomadas pelos outros Poderes, ainda que no âmbito político. Isso porque, verificada a ineficiência do Legislativo em verificar a real necessidade de edição e a finalidade da matéria disciplinada através de medidas provisórias, ressurgem a discussão acerca da possibilidade de controle de constitucionalidade pelo Judiciário e dos seus limites. Ou seja, a necessidade de controle



da edição de medidas provisórias corresponde à diferenciação do seu uso democrático e do seu uso autoritário.

Avanços nesse sentido podem ser visualizados no direito brasileiro, a exemplo da alteração do entendimento do STF acerca da possibilidade de controle de constitucionalidade das medidas provisórias destinadas a abertura de créditos extraordinários. Em 1997, o Judiciário decidiu pelo não cabimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a medida provisória nº 1.513, que liberava créditos em favor do Ministério dos Transportes. A decisão considerou a norma editada como um ato administrativo, dotado de objeto determinado e destinatário certo. Assim, somando tal fato ao entendimento de que ADI seria destinada apenas ao controle de normas abstratas, o prosseguimento foi negado. Em 2007, por outro lado, houve uma mudança de paradigma, dessa vez tendo como objeto a medida provisória nº 405, que liberava créditos extraordinários em favor da Justiça Eleitoral e de outros órgãos do Executivo. Nessa oportunidade, os argumentos trazidos versavam no sentido de que afastar o controle judicial seria criar espaços de ilegitimidade. Registre-se que, em sede de votação, os argumentos da ministra Ellen Gracie, contra a liminar de suspensão da referida medida provisória, enfatizam diversos aspectos condizentes à problemática analisada neste artigo:

Entendo que o atraso na aprovação da lei orçamentária deste ano de 2008, o risco do cancelamento de importantes programas governamentais já em curso e até mesmo a aprovação da medida provisória sob exame pelo Congresso Nacional exauriram o perigo na demora eventualmente existente

No contexto defendido, acrescentou a referida ministra que “as verbas alocadas a quase todos os ministérios e ao setor judiciário eleitoral tinham por objeto a manutenção de programas já em curso e que se encontravam inseridos no orçamento anual não aprovado em tempo hábil”. Ou seja, o voto da ministra exalta questões práticas, considerando as necessidades atinentes à governabilidade e ao atendimento dos anseios sociais e, portanto, democráticos.

Ademais, é ponderoso evidenciar que a temática foi discutida sob uma nova perspectiva. Enquanto em 1997, a possibilidade de controle foi totalmente afastada, em



2008, o debate ponderou aspectos que favoreciam uma apreciação mais aprofundada das medidas provisórias, incidindo sobre seu texto, justificativas e conteúdo dos anexos.

Assim, considerando o Direito como uma ciência dinâmica, necessariamente condizente à realidade social para a sua eficácia, ressaltam-se as palavras de Clèmerson Merlin Clève: “a questão, porém, é encontrar uma fórmula que atenda às demandas da sociedade política contemporânea sem quebrar a velha equação proposta por Montesquieu: o controle do poder pelo próprio poder (CLEVE, 2011, p.20).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instrumento legislativo adequado para a previsão de direito e deveres é a lei, cujos efeitos da vigência são visualizados após discussão e votação pelos representantes do povo que integram as casas do Congresso Nacional. Assim sendo, constata-se a excepcionalidade da edição de medida provisória, introduzida para disciplinar questões que requerem intervenção imediata do Estado por sua urgência e relevância. Entretanto, há de se acolher que a experiência brasileira traça um histórico de tradição de abuso da prerrogativa de exercício atípico de atividade legislativa pelo Executivo. Dessa forma, é compreensível a desconfiança e as críticas quanto aos abusos relacionadas ao tema.

O presente artigo considera os paradigmas do neoconstitucionalismo e o decorrente aumento das responsabilidades estatais, admitindo o surgimento de novas hipóteses de situações emergenciais às quais o Estado não pode se abster, sob pena de comprometimento da coletividade. Sob esse prisma, o cabimento da utilização dessa espécie normativa é revisitado, tendo em conta o papel que assume na governabilidade, visto que as medidas provisórias podem ser inseridas como mecanismos de efetividade às políticas públicas, cooperando, assim, com a solução de questões essenciais à sociedade.

Por outro lado, admitindo a possibilidade do uso indevido das medidas provisórias, pontua-se a necessidade de se atentar para mecanismos passíveis de limitar a sua utilização. A partir de então, ressurgem a polêmica no tocante à possibilidade de controle



jurisdicional. O estudo evidenciou o avanço do posicionamento do Judiciário nesse sentido, havendo reconhecimento sobre a importância operacional das medidas provisórias.

Não obstante, é imprescindível salientar que o estudo perpassa a precariedade do procedimento legislativo vigente, tendo em vista que a utilização das medidas provisórias nesse contexto pressupõe a morosidade do procedimento legislativo ordinário. Tal aspecto merece ser aprofundado em estudos posteriores, oportunizando discussões que levem em consideração o plano prático.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF, Senado, 1998.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Por que mudar o rito de tramitação das medidas provisórias?**. Edições Câmara: Brasília, 2008.

CASTRO SANTOS, Maria Helena de. **Governabilidade, Governança e Democracia: Criação de Capacidade Governativa e Relações Executivo-Legislativo no Brasil Pós-Constituinte**. São Paulo: Revista de Ciências Sociais, v. 40, 1997, p. 335-376.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEMÓRIAS DA DITADURA. Disponível em: <<http://memoriasdaditadura.org.br/termos-de-uso/index.html>> Acesso em: 15 de novembro de 2017.

MORAES, ALEXANDRE DE. **Direito Constitucional**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SOUSA, Williams Martinho Soares de; SILVA, José Ivaldo Alves Oliveira; NASCIMENTO, Alex Bruno Ferreira Marques; CAVALCANTE, Edson Francisco Alves; SILVA, Allan Gustavo Freire da Silva. **Construção da Agenda do Legislativo: Estudo Comparado a partir da Experiência do Legislativo Federal Brasileiro nos Governos FHC e Lula**. Disponível em: http://www.anepcp.org.br/redactor_data/20161128180939_st_03_williams_martinho_soares_de_sousa.pdf> Acesso em 10 de setembro de 2017.

.....



A APLICAÇÃO DO EFFET UTILE PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS ÀS VIOLAÇÕES DE GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS E A COISA JULGADA NACIONAL

.....

Denise Luz¹

Maria de Fátima de Andrade Almeida²

1 INTRODUÇÃO

A doutrina do *effetutile* foi desenvolvida inicialmente na Europa e passou a ser adotada também pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Trata-se de um critério de interpretação de cláusulas dos atos de direito internacional dirigido ao objeto e propósito da norma protetiva.

De forma geral, o *effetutile* pode ser entendido como meio de garantir que as cláusulas convencionais possuam efetividade real no âmbito doméstico, motivando proteção concreta dos direitos e garantias do indivíduo. Essa proteção não se limita a simples edição de leis, devendo ocorrer de forma factual a fim de que o acesso aos direitos seja viável.

Diante da vocação do supracitado princípio em prestar efetividade real às cláusulas da convenção, é possível, se o país não possuir legislação própria para a execução da decisão internacional como uma das hipóteses de rompimento da coisa julgada, que o Poder Judiciário local rescinda a decisão transitada em julgado com fundamento no *effetutile*?

Objetiva-se analisar a doutrina do *effetutile* e verificar se ela serve de instrumento para internalizar decisões internacionais com força de romper a estabilidade da coisa

¹ Professora da Universidade de Pernambuco (UPE). Doutoranda em Ciências Criminais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: dnluz@terra.com.br.

² Graduanda em Direito pela Universidade de Pernambuco (UPE). E-mail: mdfandrade1704@gmail.com



julgada. Para tanto, pretende-se compreender as possíveis rotas de interpretação, assim como os principais traços da Corte que poderiam servir como fontes de apoio ou resistência a essa narrativa.

Tendo em vista a importância dos direitos que a Corte busca proteger e as graves violações que o próprio Estado pode perpetrar contra seu povo, estudar uma alternativa de dissolução de decisão transitada em julgado que não tenha observado esses direitos e garantias fundamentais é de extrema relevância, vez que disposições de tão grande dimensão não podem subsistir inócuas.

A pesquisa é de natureza documental, mediante leitura das sentenças proferidas em processos contenciosos contra o Brasil, e bibliográfica, baseada em publicações científicas da área do direito. Valeu-se do método de abordagem dedutivo.

O presente artigo se divide em três pontos. O primeiro se ocupa de conceituar o *effetutile*. Em seguida, serão discutidas as principais formas de interpretação que a Corte pode conferir aos seus dispositivos. O último tratará de características da atuação da Corte.

2 EFFET UTILE: SENTIDO E FUNÇÃO

Effetutile, de acordo com a definição proposta por Šadl (2015, p. 21), é um instrumento retórico utilizado para persuadir os Estados-partes a aceitar doutrinas jurídicas e poderes derivados da Corte sem precisar comprometer a coerência e a continuidade das normas. Serve como meio de proporcionar capacidade evolutiva ao texto de lei, dispensando, desse modo, modificações constantes no dispositivo em questão a fim de atender as expectativas e o entendimento contemporâneo sobre a matéria.

Quando utilizado, compele os Estados que ratificaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e se submeteram a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) a garantir efetividade real e prática aos direitos e garantias



convencionados, opondo-se veemente a uma concessão de direitos que ocorra de forma simplesmente ilusória.

Essa oposição não se limita à abstenção, de forma absoluta, do Estado-parte em prover algum direito que se comprometeu a assegurar. Se a forma pela qual essa garantia possa ser efetivada for tão limitante que o seu exercício termina por ser inviabilizado, o direito, em si, não tem qualquer efeito prático e é factualmente inútil. Entende-se, portanto, que uma provisão medíocre pode ser tão ineficaz quanto provisão nenhuma.

A implementação das disposições – e consequentes obrigações e direitos – deve sempre atentar ao objetivo que buscam servir. Uma interpretação que não considera o resultado almejado pelas provisões termina por torná-las desprovidas de qualquer significado.

É importante observar que para a concretização de variados direitos fundamentais é necessária uma atitude positiva por parte do governo nacional, ainda que uma interpretação literal da norma aponte para um comportamento de caráter predominantemente negativo, reitera Dumbrovský (2014, p. 109). Isso ocorre em razão da dinâmica entre o Estado e o indivíduo; que faz com que um direito que poderia teoricamente ser garantido pela completa inércia estatal só possa ser concretizado, em diversos casos, através de uma determinação específica.

Šadl (2015, p. 42) afirma que, pelo menos na tradição jurídica europeia, o *effetutile* não é mero método de interpretação dinâmica, mecanismo de dissimulação – a fim de que sejam atendidos interesses ilegítimos – ou instrumento de inovação jurídica. Embora quando entendido de maneira simplista ou corrompida possa transmitir aparência de arbitrariedade, trata-se, na realidade, de importante ferramenta jurídica que possibilita à Corte atuar de forma coerente e integralizada, minimizando os riscos de afronta aos Estados-partes e prestando efetividade aos seus dispositivos.



3 TENDÊNCIAS INTERPRETATIVAS: LIMITAÇÃO VS. EFETIVIDADE

A efetividade dos tratados é, por vezes, contrabalanceada por outra regra interpretativa – *in dubio mitius*–, que prescreve uma interpretação restritiva das obrigações do tratado em deferência à soberania dos estados (MAYR, 2012, p. 11). Essa determinação dita que havendo confusão a respeito do sentido de determinada prescrição, aquela que prevê o mínimo de obrigações para as partes deve prevalecer. A CADH, todavia, ao ser interpretada e aplicada pela Corte, deve receber uma interpretação *prohomine* – ou seja, devedar maior proteção aos direitos humanos (LIXINSKI, 2010, p. 588).

A tendência do direito internacional público em fazer uma interpretação literal dos acordos, visando uma delimitação precisa das obrigações dos Estados-partes, não é aplicável a um contexto de direitos humanos, vez que neste o objetivo principal é a promoção de plena efetividade ao instrumento (LIXINSKI, 2010, p. 589). A aplicação do *effetutile* evita que um direito ou diretriz legal seja despido de aspectos essenciais à sua efetivação em prol de uma interpretação literal dos dispositivos.

O sucesso da corte internacional, expressa Šadl (2015, p. 19), está condicionado a sua capacidade de manusear as sensibilidades nacionais e em evitar conflitos abertos contra importantes agentes políticos; sua autoridade, desta forma, dependerá da sua capacidade de demonstrar que faz a aplicação da lei, não dos interesses políticos de determinados Estados.

Os dispositivos jurídicos internacionais, expressa Lixinski (2010, p. 588), devem sempre ser interpretados à luz do quadro normativo em vigor no momento em que a interpretação está sendo feita, rejeitando-se, assim, interpretações históricas que busquem resgatar o "sentido original" do texto de lei.

Hemsley (2015, p. 17) reforça essa necessidade de interpretação contextualizada, vez que os tratados são instrumentos vivos e sujeitos a mutações que tendem a incorporar em sua essência os avanços constatados. O tratado, dessa forma, não pode ter seu



significado estagnado em determinado período, sendo preciso prestar-lhe capacidade evolutiva a fim de que seja relevante e aplicável em diferentes épocas.

Essa abordagem mais dinâmica se mostra necessária, principalmente, quando for necessário lidar com situações inéditas, vez que a solução precisará tomar por base direitos pré-existentes, expõe Lixinski (2010, p. 590). Caso a tendência fosse de uma aplicação limitada, prestando deferência indevida ao sentido literal das provisões, os direitos fundamentais terminariam por ser imprestáveis às vítimas das violações.

Dumbrovský (2014, p. 113) defende que, idealmente, uma espécie de síntese dialética traria uma solução melhor do que qualquer um dos dispositivos em conflito, isoladamente, seria capaz de fornecer. Contudo, na maioria das vezes, a Corte deverá optar por um efeito eficaz no lugar de um efeito total. Isto é, precisará formular uma solução que aumente – ou, pelo menos, não prejudique – a capacidade das outras ordens legais em promover efeitos duradouros.

A interpretação restritiva, aponta Crema (2010, p. 684), passa a se basear na defesa das soberanias estatais dentro de um contexto no qual estas são consideradas como a base da organização política interna do Estado e do direito internacional.

Interpretar restritivamente significa, de muitas maneiras, interpretar priorizando a figura do Estado sobre a da outra parte –mesmo quando o primeiro estiver violando ostensivamente direitos fundamentais –, sob a guisa de que a margem de liberdade de atuação do Estado é absoluta e de que aquilo transitado em julgado em âmbito nacional não está sujeito a modificações.

O posicionamento contemporâneo se afasta dessa linha que atribui à soberania inviolabilidade e superioridade, destacando a tendência de se fazer uma interpretação orientada para a observação do objeto e propósito do tratado quando seu sentido não estiver claro (CREMA, 2010, p. 689-690).

O *effetutile* encontra-se em harmonia com essa linha de pensamento, vez que para concretizar o direito, dar-lhe verdadeiro efeito prático, é preciso compreender o objeto e o



propósito que orientam não apenas o tratado, de forma geral, como o dispositivo específico.

4 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: POTENCIAL DESCONSTRUTIVO

O Brasil ratificou a CADH e a introduziu na legislação nacional através do Decreto n. 678, em 1992; e submeteu-se a jurisdição internacional da Corte IDH pelo Decreto Legislativo n. 89, em 1998. Desde então, foram proferidas sete sentenças em processos contenciosos contra o Brasil: *Caso Gomes Lund e Outros* ou "Guerrilha do Araguaia" (2010), *Caso Escher e Outros* (2009), *Caso Garibaldi* (2009), *Caso Nogueira de Carvalho* (2006) e outro, e *Caso Damião Ximenes Lopes* (2006), *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde* (2016) e *Caso Favela Nova Brasília* (2017). O Brasil foi condenado em seis deles, excetuando-se o Caso Nogueira de Carvalho (2006). Todos os casos apresentados à Corte IDH contra o Brasil discutiram violações de garantias processuais ou de acesso à justiça.

A CADH vai tratar, no art. 29, dos meios que não podem ser utilizados para interpretar a Convenção. Afirma que esta não pode ser usada para violar o exercício de direitos e liberdades garantidos, assim como que sua interpretação deve ocorrer em harmonia com outros atos internacionais. Aponta Lixinski (2010, p. 587) que qualquer instrumento pode ser utilizado para expandir a jurisdição da Corte, vez que os direitos humanos são interdependentes e não precisam estar esgotados no instrumento que está sendo apreciado. Dessa maneira, reconhece-se uma cognição ampla à proteção dos direitos humanos, visando prestar-lhes a maior efetividade possível.

Ainda assim, Lixinski (2010, p. 603) destaca ser comum que no enfrentamento de questões difíceis o Tribunal evite lidar diretamente com instrumentos "importados". Na maioria das vezes esses instrumentos desempenham a função de reforçar pontos legais que seriam alcançados de qualquer maneira – não costumam criar novos direitos,



resultando em mero acréscimo a direitos pré-existentes. Ao fazer isso, a Corte pode ser vista como prestando deferência ao sistema jurídico internacional e contribuindo para o estabelecimento da unidade da ordem jurídica internacional.

A Corte deixa claro que quando constatada infração de uma obrigação internacional, a reparação do dano deve se dar, sempre que possível, através da plena restituição – *restitutio in integrum* –, que consiste no restabelecimento da situação anterior à violação. Caso isso não seja possível, como é comum na maioria dos casos de violações de direitos humanos, o Tribunal estabelecerá medidas para garantir os direitos infringidos e reparar os danos causados pelas violações.

O princípio da subsidiariedade da Corte, que determina que a sua atuação só deva ocorrer quando esgotados todos os meios internos de resolução de conflito, vai fazer com que muitas das violações que chegam a sua análise já tenham sido resolvidas internamente, consolidadas em decisões transitadas em julgado.

Isso, contudo, não pode impedir a aplicação das determinações da Corte. Estas devem ser conhecidas em consonância como princípio do *effetutile*, que expressa ser necessário efetividade real dos direitos garantidos, principalmente ao se tratar de dos direitos fundamentais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Negar a aplicação da decisão da Corte sob o pretexto de que isso seria uma agressão à soberania estatal e uma ameaça à segurança jurídica termina por dar completa ineficácia às determinações da Corte, tratando por inútil o seu parecer e por mera farsa o compromisso do Estado em concretizar os direitos e garantias do indivíduo. O Estado não pode se valer de sua legislação interna, de decisões judiciais nacionais – ainda que já transitadas em julgado em sentido contrário – e de obstáculos burocráticos internos para evitar a prestação de efeito pleno às decisões da Corte.



Em razão da maneira pela qual se dá a atuação da Corte, muitos dos conflitos que chegam a seu conhecimento já foram completamente examinados no âmbito interno, ou, pela própria natureza da violação sendo apresentada, não chegaram a ser conhecidos. Sua atuação não pode ser tratada como meramente acessória, compelindo o Estado apenas nas partes que lhe convém.

A proteção e eficácia dos direitos humanos deve prevalecer sobre a suposta soberania estatal, principalmente considerando a inclinação para um sistema de direito internacional integrado e forte. Dessa maneira, percebe-se que a coisa julgada nacional contrária aos direitos humanos previstos na CADH deve ser rompida, sendo o *effetutile* – a eficácia real e plena dos direitos e garantias – uma possibilidade de fundamentação.

REFERÊNCIAS

CREMA, L. Disappearance and New Sightings of Restrictive Interpretation(s). *European Journal of International Law*, v. 21, n. 3, p. 681-700, 2010.

DUMBROVSKÝ, T. Effet Utile as a Unifying Doctrine in a Constitutionally Pluralist Europe. In: DUMBROVSKÝ, T.; POTACS, M.; TICHÝ, L. (Eds.) *Effet utile*. Praga: Charles University, 2014. p. 93-113.

HEMSLEY, R. Human Rights & Corruption - States' Human Rights Obligation to Fight Corruption. *Journal of Transnational Legal Issues*, v. 2, 2015.

LIXINSKI, L. Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law. *European Journal of International Law*, v. 21, n. 3, p. 585-604, 2010.

MAYR, S. Putting a Leash on the Court of Justice? Preconceptions in National Methodology v Effet Utile as a Meta-Rule. *European Journal of Legal Studies*, v. 5, n. 2, p. 8-21, 2012/13.

ŠADL, U. The Role of Effet Utile in Preserving the Continuity and Authority of European Union Law: Evidence from the Citation Web of Pre-Accession Case Law of the Court of Justice of the Eu. Rule. *European Journal of Legal Studies*, v. 8, p. 19-45, 2015.

.....

DIREITO TRIBUTÁRIO





A JUSTIÇA FISCAL NA ERA DA AUSTERIDADE: PERSPECTIVAS DA TRANSJURIDICIDADE INTERNACIONAL

.....
Priscila Emanuele Falcão de Oliveira Menezes¹

1 INTRODUÇÃO

Pensar em justiça fiscal também nos remete a discussão sobre como Poder Judiciário atua nas demandas que envolvam as ações políticas em períodos de austeridade, principalmente no que tange a análise judicial da despesa pública. O presente artigo consiste na reflexão de como realizar justiça fiscal em momentos de austeridade a partir da ótica do Poder Judiciário, confrontando assim, a percepção dos autores portugueses, com o atual momento de crise fiscal que vivenciamos no Brasil e no mundo.

Em momentos de crise econômica, a comunidade acadêmica se volta a debater questões que busquem solucionar as demandas da sociedade. Discutir o conceito de justiça fiscal no âmbito dos movimentos de reformas legislativas que estabelecem aumento da carga tributária, reforma da previdência, estipulação do teto de gastos, é rever a base principiológica e de legitimação do próprio Estado de Direito.

2 JUSTIÇA FISCAL DA DESPESA PÚBLICA

Encontramos na doutrina financeira diversos significados para o conceito de justiça fiscal. O ilustre jurista português Saldanha Sanches, ao discorrer sobre essa pluralidade de sentidos, ressalta que a justiça tributária, que permitiria uma avaliação quantitativa do modo como a carga tributária é distribuída entre as várias categorias de contribuintes e a

¹ Mestre em Sociologia pela Universidade Federal de Alagoas. Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba

justiça da despesa, que envolveria o problema dos gastos supérfluos e do esbanjamento de recursos públicos, seriam o verso e o anverso da mesma moeda, a justiça fiscal.

Assim, para analisarmos as bases de uma despesa pública justa, precisaremos pressupor que a distribuição dos encargos tributários também seja justa, visto que “no fundo, a tributação é sempre o resultado de decisões tomadas a montante que conduzem a despesas públicas que o imposto, de forma imediata ou com adiamento (dívida pública), deverá financiar (SALDANHA SANCHES, 2010, p. 25)”.

O século XX foi marcado pelo surgimento e estabelecimento do Estado de Segurança Social (ou para alguns, Estado de Bem-Estar Social), onde o Estado assume o papel de prestador de serviços públicos a fim de se garantir os direitos fundamentais. Mas para que haja essa atuação estatal, necessário se faz o custeio das atividades que é financiado a partir dos tributos.

As políticas públicas consistem nas ações do Estado em promover os direitos fundamentais através de decisões governamentais diante da insuficiência orçamentária e das demandas sociais. Então, podemos afirmar que a Justiça Fiscal, enquanto despesa pública, é um problema de Estado, de como serão geridos os recursos para que sejam alcançados os anseios da sociedade e o parâmetro normativo para definição do que seja uma despesa pública justa no Brasil, é a Constituição Federal.

Para definir as prioridades de ação, o constituinte estabelece os objetivos fundamentais que deveriam indicar, de forma impositiva, quais políticas públicas seriam necessárias para alcançar tais objetivos, como erradicar a pobreza, diminuir as desigualdades sociais e garantindo o desenvolvimento nacional.

Assim, ressaltamos o papel fundamental do Estado na concepção moderna de realização da justiça distributiva através da realização de uma despesa pública justa, que atenda aos fins sociais constitucionalmente propostos.

No entanto, o que se percebe é que ainda existe uma falta de debate público nas questões que envolvem a atividade financeira do Estado. Os espaços de discussão são ainda dominados pelos grupos de interesses que buscam se beneficiar em detrimento da



maioria da população. É de fundamental importância o exercício da cidadania na definição das políticas públicas e conseqüentemente, na definição dos gastos públicos (SALDANHA SANCHES, 2010, p. 42-47).

3 A TENSÃO ENTRE O ESTADO DE DIREITO E O ESTADO DE EXCEÇÃO: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Para Ferreira e Pureza, existe dois Estados constitucionais em frequente tensão: um de Direito, como resultado das conquistas históricas na luta por direitos, preconizado na multidimensionalidade da democracia; e outro de Exceção, que é caracterizado pelo encurtamento de direitos e diminuição de serviços públicos, em razão de um alegado estado de necessidade (FERREIRA; PUREZA, 2014, p. 283), onde prevalece a supremacia política de entidades não eleitas na condução da política econômica.

Como mecanismo político de enfrentamento da crise, muitos governos têm buscado como principal, quando não única alternativa, a adoção de medidas de austeridade, como congelamento ou redução de gastos com políticas sociais, reformas trabalhistas e previdenciárias, o que impacta diretamente nos limites de atuação do Estado Social.

A principal questão trazida é em qual medida seria possível para dar legitimidade as medidas políticas de corte de direitos sociais? É importante ressaltar que esse fenômeno não é restrito a Portugal ou ao Brasil, mas consiste em como os países tem respondido as medidas de austeridades nas mais diversas crises econômicas. Ou seja, esse não se trata de um modelo comparativo, muito menos de direito comparado, tendo esta internacionalização da judicialização da austeridade atingido uma dimensão institucionalmente centralizada nos Estados de Direito (FERREIRA; PUREZA, 2014, p. 290).

Como consequência natural dessas ações austeras, surge o fenômeno de judicialização de tais políticas de austeridade nos tribunais constitucionais. O Poder Judiciário é convocado a dizer o direito, e inclusive a limitar direitos, reclamados pelos

Poderes Executivo e Legislativo, no sentido de legitimar, ou não, os modelos propostos como sendo fruto de um estado de necessidade convencionalizado como Estado de Exceção.

Durante uma entrevista coletiva no ano de 2015², o então Ministro Presidente do STF, Ricardo Lewandowski, ao citar a obra de Norberto Bobbio, afirmou que entre os séculos XX e XXI, o mundo passou a viver a era dos direitos, e por isso, o Poder Judiciário teria assumindo o papel de protagonista na vida social e política.

O Ministro argumentou que o século XIX, em razão das revoluções liberais, foi o século do Poder Legislativo, como sendo o grande órgão de expressão da vontade do povo. A lei como vontade do povo, e a democracia representativa sendo uma das maiores conquistas do período revolucionário liberal, concentrou suas expectativas de resolução dos problemas sociais a partir da criação de leis.

Já durante o século XX, em razão das crescentes demandas sociais decorrentes das duas grandes guerras e das demais revoluções, ele afirmou que este seria o século do Poder Executivo, pois tal Poder seria o mais apto a enfrentar os grandes desafios da época. O Estado de Bem-estar Social reclamava um Poder Executivo forte, atuante na vida social como a grande máquina de políticas públicas.

“Mas o século XXI é o século do Poder Judiciário”, afirmou o Ministro, argumentando que a inflação de demandas judiciais é um efeito da ideia de que o Poder Judiciário seria o único legitimado a responder os problemas da sociedade que anseia por direitos.

Diante de tais afirmações, torna-se muito propícia as reflexões de Messias José Caldeira Bento, ao tratar sobre o poder dos juízes. Para o autor, o Poder Judiciário, diante da explosão de litigiosidade do presente século, precisa ser devidamente controlado para bem exercer seu papel social. E para tanto, é necessário que os juízes exerçam sua função de julgar não como um poder hercúleo, mas com um espírito de missão, de sacerdócio,

² <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61987-o-seculo-xxi-marca-a-era-dos-direitos-e-do-poder-judiciario-afirma-ricardo-lewandowski>



pois o que caracterizaria a função jurisdicional é o seu espírito de servir (BENTO, 2003, p. 299).

Para garantir a repartição dos poderes, é necessário que o Estado-Juiz ao desempenhar a sua missão, exercite a autocontenção evitando tentações midiáticas e de justiceiros e possua independência vocacional, necessária para o cumprimento do seu dever ético-social de julgar legitimamente.

Tais preocupações trazidas pelo autor em 2003 são facilmente entendidas na atualidade, diante da atuação de magistrados no cenário político-policial. A autocontenção, apregoada como sendo de vital importância para evitar as tentações midiáticas e de ser justiceiro, a fim de se garantir a imparcialidade e isenção que deve ser própria dos juízes, tem sido substituída pela espetacularização da atividade jurisdicional, e o populismo judicial fere de morte a imparcialidade e independência tão caras a esse Poder.

O que nos parece é que o complexo de Juiz Hércules, diferente do que para Dworking significa, tem sido interpretada de maneira desvirtuada, onde seria apenas destacado o conteúdo mítico do personagem, a sua força, e divindade, o que nos revelaria exemplos reais de estrelismo e tirania judicial, supostamente, em nome da lei.

Na experiência transjurídica internacional, a judicialização da política tem experimentado diversas fases de ativismo judicial. A primeira fase se traduz no protagonismo judicial na esfera penal, em que se percebe o afrouxamento das garantias constitucionais, e as decisões judiciais legitimam essas medidas de exceção em processos judiciais que envolvem casos de corrupção e desvio de verbas públicas, subsidiadas pelo clamor popular, a exemplo de prisões decorrentes unicamente em razão de delações premiadas, muitas vezes sem nenhum outro respaldo probatório.

A segunda fase da judicialização da política em momentos de austeridade consistiu na crise do Estado Social, na ineficiência do Estado em prover de forma eficiente os serviços públicos e de proteção da sociedade. A legitimidade do modelo político

econômico consiste no debate central das ações judicial, inclusive no questionamento dos papéis dos poderes Legislativo e Executivo na concretização desse Estado.

Já a terceira fase destaca a atuação jurisdicional como o processo de ativismo judicial da questão social. O juiz toma para si poderes, muitas vezes políticos e decide com base em argumentos que flexibilizam normas e garantias fundamentais, em razão do estado de exceção. Quando não, atua diretamente na formação e produção de leis usurpando a função legislativa, e ditando conteúdos de políticas públicas, tarefas próprias do poder executivo, ferindo de morte o princípio da separação dos poderes em razão dessa austeridade. Para Ferreira e Pureza:

“A judicialização da política de austeridade é, assim, sinónimo de judicialização da questão social que emerge das reformas estruturais que objetivamente desmantelam o Estado Social.” (FERREIRA; PUREZA, 2014, p. 285).

Para justificar a necessidade do afrouxamento das garantias constitucionais, os principais argumentos empregados para possibilitar a legitimidade das medidas de cortes de direitos sociais próprios do Estado de Exceção consiste no primado dos compromissos internacionais (e na sua natureza vinculativa) e a inevitabilidade de medidas excepcionais, que justificaria a adoção de tais medidas para se evitar consequências mais gravosas em decorrência do estado de necessidade financeira.

No sentido de que haja uma atuação jurisdicional que revele a justiça fiscal em momentos de austeridade é imprescindível que a decisão seja fundamentada a partir do princípio da proteção a confiança, que seria traduzido em evitar onerosidade excessiva de tais medidas austeras e a arbitrariedade na adoção de medidas que seriam incabíveis para alcançar os objetivos que lhes foram justificadas; do princípio da igualdade, como exigência de que os sacrifícios sofridos sejam proporcionais a todos nos períodos de austeridade; e por fim, mas não menos importante, o princípio da proporcionalidade, visto que as reformas estruturais preconizadas quase sempre resultam na redução do Estado Social e geradoras de desigualdade social.



4 JUSTIÇA FISCAL E REDUÇÃO DE DESIGUALDADES SOCIAIS

A justiça fiscal da despesa constitui a visão social de um Estado que deve procurar atender ao interesse público priorizando a dignidade da pessoa humana ao realizar os gastos públicos como ferramenta fundamental do seu modelo de desenvolvimento econômico e social.

Para combater a desigualdade, são necessárias políticas fiscais capazes de reequilibrar o poder econômico, bem como político, entre os grupos sociais. Para isso, além de políticas tributárias justas, é necessário garantir a verdadeira representatividade de todos os setores nas prioridades do gasto público, especialmente dos grupos mais vulneráveis através de processos de participação cidadã. É fundamental atingir um gasto público que esteja a serviço do bem comum e que garanta direitos a todos e com maior capacidade transformadora da realidade social injusta e discriminadora.

Também é necessário reduzir os gastos desnecessários e a subordinação desses gastos a casos de corrupção e no pagamento de dívida pública ilegal e ilegítima. Contudo, a disponibilidade do gasto público para satisfazer objetivos de combate à desigualdade e à pobreza continua muito ameaçada por essas mazelas e por outras ineficiências.

Assim, podemos dimensões da injustiça fiscal da despesa estão na corrupção, na realização de superávit primário para pagamento da dívida pública e gastos sociais desnecessários. Assim, é de fundamental importância reorientar a prioridade da despesa pública a fim de que se atenda a diminuição das desigualdades sociais.

A participação cidadã em assuntos fiscais e nas políticas públicas em geral tem a vantagem de promover maior cultura fiscal, e que garante a legitimidade dos processos decisório de emprego das verbas públicas, fortalecendo a democracia e visando um maior crescimento do gasto público em serviços sociais básicos.

A política fiscal é o reflexo da visão e do tamanho do Estado que a sociedade deseja. E a justiça fiscal é uma de suas ferramentas mais fortes para combater as

desigualdades de forma direta e é ainda mais poderosa quando empregada com outras políticas públicas.

A redução das desigualdades é um dos principais desafios para o Estado no século XXI. A justiça fiscal da despesa se concretiza quando os gastos públicos são realizados priorizando a diminuição das desigualdades sociais. Para tanto é necessário reorientar a despesa pública para a realização e concretização de políticas públicas que promovam desenvolvimento econômico e social a ampliar a participação dos cidadãos no processo de definição da despesa pública.

O princípio da vedação do retrocesso e a reserva do possível são os elementos centrais para a compreensão da despesa pública justa. E, portanto, as decisões políticas econômicas precisam atender o que já foi conquistado historicamente em termos de direitos, evitando o retrocesso, mas diante de uma alternativa financeiramente possível, a fim de garantir o direito de existência digna dos indivíduos como fim principal do próprio Estado.

5 CONCLUSÃO

Os momentos de crise abrem espaço para situações excepcionais. E o Poder Judiciário tem sido convocado para decidir os limites dessas situações sobre o que é legítimo ou não na redução do Estado Social a partir do sentido de Estado de Direito e Estado de Exceção. Porém, o Estado-Juiz, para atuar com critérios básicos de justiça fiscal e social, precisa decidir as questões políticas de austeridades a partir da ótica da vedação de retrocesso social, sob o manto dos princípios da confiança, da igualdade e da proporcionalidade.



REFERÊNCIAS

BENTO, Messias José Caldeira. Reflectindo sobre o poder dos juízes. In: Estudos em homenagem ao conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra Editora: Coimbra, 2003.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Tradução Luis Carlos Borges (revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; revisão de tradução Silvana Vieira) – 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA, António Casimiro; PUREZA, José Manuel. Estado de direito ou estado de exceção: a justiça constitucional face ao questionamento do estado social. In: REIS, José (coord.). A economia política do retrocesso: crises, causas e objetivos. Coimbra: Almedina, 2014.

MARTINS, Maria d'Oliveira. A despesa justa: uma análise jurídico-constitucional do tema da Justiça na despesa pública. Almedina: 2016.

SALDANHA SANCHES, J. L. Justiça Fiscal. Fundação Francisco Manuel dos Santos. Lisboa, 2010, p. 13-52.

.....



A NOVA PERSPECTIVA DO BITCOIN NUM CONTEXTO DE EVASÃO FISCAL INTERNACIONAL

.....
Rafaela Guerra Monte¹

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto a análise da difusão de transações com moedas virtuais, potenciais fontes de ocultação de renda e evasão fiscal no atual contexto de cooperação fiscal internacional.

As criptomoedas surgem como instrumento de transações em campo não regulado por qualquer Estado, ou organismo internacional, e como possível entrave e incógnita ao alcance do objetivo de eficiência na gestão fiscal.

O fio condutor do estudo consiste na observação do atual panorama fiscal que, historicamente, enfrenta manobras de resistência ao pagamento de tributos, como a evasão fiscal internacional e planejamento fiscal abusivo.

Em seguida se buscará esclarecer a sistemática do funcionamento das criptomoedas, com ênfase no Bitcoin, perpassando pelas características apontadas como vantagens e desvantagens, principalmente quanto à questão do anonimato e acessibilidade.

Delineadas tais premissas serão apontadas implicações do crescimento de transações na temática da evasão fiscal e novas perspectivas no que tange à boa governança e transparência fiscal internacional, apresentando o panorama internacional quanto ao tratamento do Bitcoin.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE) e graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). E-mail: rafaelaguerram@gmail.com..



2 DA CONCORRÊNCIA FISCAL PREJUDICIAL À COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Até a metade da década de noventa eram vistas com naturalidade e benevolência a postura estatal de reduzir a tributação empresarial considerada como manifestação da soberania fiscal, bemcomo a conduta das empresas de se esquivar da carga tributária abandonando a jurisdição (SANTOS, 2015, p.181-182). Tal contexto propiciou a criação de paraísos fiscais e aberturas de *offshores*.

A complexidade da questão passou a ser enfrentada como problemática mais acentuada a partir de 1997, por iniciativa do Conselho da União Europeia, quando foi aprovado o Código de Conduta no sentido de selar o compromisso dos Estadosmembros em combater a concorrência fiscal prejudicial e revogar medidas fiscais prejudiciais (SANTOS, 2015, p.185).

Todavia, tal medida não se mostrou rigorosa o suficiente para proteger os sistemas fiscais dos Estados membros da erosão financeira. Com a crise financeira e econômica de 2007-2008, atentou-se para a necessidade de estratégias mais abrangentes com foco no combate não apenas à concorrência fiscal prejudicial, mas também ao planejamento tributário agressivo, evasão fiscal transfronteiriça, fraudes fiscais e fenômenos não especificamente fiscais como corrupção e financiamento do terrorismo (SANTOS, 2015, p.196-197).

Diante desse cenário e da consciência de se tratar de um problema tendencialmente global, passou-se a buscar por uma estratégia voltada para a boa governança balizada pelos princípios da transparência, troca de informações e concorrência fiscal leal, destacando-se a necessidade de reforço da cooperação internacional (SANTOS, 2015, p.197). Dentre os mecanismos de esforços está a divulgação de listas negras com os Estados que não cooperam no compartilhamento de informações. Com esse ideário de transparência o levantamento do sigilo bancário se tornou imprescindível, tanto que em 2009 os líderes do G20 chegaram a declarar que "a era do sigilo bancário acabou".

Num movimento convergente de combate à concorrência fiscal prejudicial, foi aprovada em 2010 a lei norte-americana relativa à conformidade fiscal de contas estrangeiras, conhecida pela sigla FATCA² (ForeignAccountTaxComplianceAct) juntamente com o programa de regularização fiscal que OVDP - Offshore VoluntaryDisclosureProgram). No ano seguinte, impulsionado pela OCDE e pelo Conselho da Europa, foi adotado um novo padrão de intercâmbio automático de informações fiscais (SANTOS, 2017, p.107).

O G20, na Cimeira de 2013, solicitou à OCDE o desenvolvimento de um novo padrão de troca de informações fiscais baseado no intercâmbio automático, cujo processo de aplicação seria avaliado pelo Fórum Global. Ainda em 2013 foi apresentado o plano contra a erosão das bases tributárias e deslocalização de lucros (BEPS - Base Erosion and Profit Shifting), com esforços da OCDE alinhada ao G20, cujo objetivo principal é atacar os problemas da dupla não tributação e do planejamento fiscal abusivo.

Nesse panorama ainda deve ser citado o Pacote Antielisão Fiscal (PAF) aprovado em 2016 e a Diretiva Antielisão Fiscal (DAF) com a finalidade de combater a fuga e evasão tributária, bem como o planejamento fiscal abusivo (SANTOS, 2017, p.108).

3 BITCOIN: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E MOVIMENTAÇÃO

Curiosamente, o mesmo contexto da crise econômica de 2007-2008 que motivou a discussão sobre o princípio da boa governança, cooperação internacional e transparência fiscal, encorajou a divulgação do Bitcoin, com a primeira transação em 2009. Oportuno observar que a ideia de criptomoeda surgiu com os *Cypherpunks* na década de 90, motivados pela preocupação com privacidade e liberdade pessoal, com o intuito de criar

² Lei de Conformidade Tributária de Contas Estrangeiras que obriga as instituições bancárias estrangeiras a fornecerem dados de seus correntistas, "cidadãos norte-americanos" –pessoas físicas ou jurídicas nascidos, com cidadania, residentes ou com patrimônio nos EUA- às autoridades americanas. O Decreto 8.506 de 2015 formalizou o acordo intergovernamental (IGA) assinado entre Brasil e Estados Unidos, em 23 de setembro de 2014.



uma moeda anônima que funcionaria à base de criptografia. O lema era empoderar as pessoas e tirar o poder do Estado.

O Bitcoin foi criado pelo programador ou grupo de programadores com pseudônimo de Satoshi Nakamoto. A tecnologia é vista como revolucionária por permitir a realização de transações rápidas, baratas e seguras, sem a participação de um intermediário, como instituição bancária. Esse é um ponto apontado como vantajoso, pois tal facilidade permite o acesso de diversas pessoas indistintamente, por isso o crescimento em países com sistemas financeiros falhos, de instabilidade política e econômica.

Fernando Ulrich (2014, p.16) conceitua Bitcoin como "uma forma de dinheiro, assim como o real, o dólar ou o euro, com a diferença de ser puramente digital e não ser emitido por nenhum governo". De modo contrário Surda (2012) afirma que Bitcoin ainda não é dinheiro por não ser um meio de troca universalmente aceito.

Quanto às características de um sistema monetário pode-se enumerar que o Bitcoin é durável, divisível - sendo negociado em frações de até oito casas decimais-, maleável, homogêneo e limitado em sua oferta, funcionando como reserva de valor, com pequeno custo de transação, apresentando desvantagem em comparação às demais moedas com relação à liquidez, justamente por não ser ainda amplamente utilizado.

É válido pontuar, entretanto, que existem autoridades que observam o Bitcoin com desconfiança a exemplo do presidente do Banco Central, Ilan Goldfajn, que declarou em outubro do presente ano que o Bitcoin se assemelha à bolha ou pirâmide.

Ponto crucial da tecnologia do Bitcoin é que as suas transações só são possíveis em razão do blockchain, sistema de criptografia que funciona como um livro-razão, onde as informações ficam registradas de forma permanente. É importante informar que não há um servidor central, o registro está distribuído em milhares de computadores, que são os mineradores, necessitando, portanto, de internet, redes tecnológicas e energia elétrica para o seu funcionamento.

Os mineradores verificam a informação, atualizam e garantem se é confiável, impedindo o chamado gasto duplo. Esses mineradores são usuários que utilizam

computadores para resolver os problemas matemáticos na verificação das transações, os quais são progressivamente mais complexos, e em troca são remunerados com a emissão de novos Bitcoins. Essa é a forma de lançamento de novos Bitcoins no sistema.

A quantidade de emissão de Bitcoins é limitada a 21 milhões e estima-se que o último será minerado em 2140. As transações são irreversíveis impedindo o mau uso dos estornos em condutas fraudulentas, questão apontada como mais um benefício aos usuários.

Um aspecto apontado como negativo é a volatilidade no preço ao longo da existência do Bitcoin, no contexto atual apresentando aumento vertiginoso no valor. Outro ponto que merece maior atenção é sua utilização para fins ilícitos, como crimes de lavagem de dinheiro, tráfico de ilícitos e terrorismo. Um escândalo que deu notoriedade ao Bitcoin foi o Silk Road um site utilizado para vender drogas, armas e outros produtos ilícitos e utilizava Bitcoin como forma de pagamento. Tais fatos mostraram a importância de intervenção estatal e a magnitude das transações com moedas virtuais.

Segundo Ulrich (2014, p.21) o Bitcoin não garante o anonimato, mas permite o uso de pseudônimo, uma vez que as chaves públicas das transações não são associadas a identidades, mas a endereços, podendo ser rastreada sua origem e destino. É necessário assinalar que para criar uma carteira não é necessário conferir dados pessoais além do endereço de e-mail, o que facilita a proliferação de pseudônimos e dificulta a fiscalização.

A transação com bitcoin pode ser realizada peer-to-peer, de usuário para usuário, ou mediante a negociação com casas de câmbio. Quando a negociação é feita através das casas de câmbio, essas no Brasil, apesar de não serem supervisionadas pelo Bacen (COMUNICADO nº 31.379), já solicitam informações pessoais que permitem a identificação do usuário. Sendo assim, quando a transação envolve as exchanges a fiscalização se tornaria mais fácil.

Todavia, Martins e Val (2016, p.243) indicam como uma forma possível de lavagem de dinheiro no caso da compra de criptomoedas em dinheiro em espécie e posterior



transferência para a casa de câmbio, a partir da qual o envio de moeda acaba indo para uma carteira coletiva, e acaba mascarando a trajetória das transações.

Na movimentação do Bitcoin a identidade da pessoa, fica criptografada, bem como as carteiras para que não se saiba quem está gastando o dinheiro. Desta forma, exige-se maior refino e modernização nos mecanismos de fiscalização.

Essa dificuldade na rastreabilidade dos recursos vai de encontro à ideia de cooperação internacional que tem como escopo “promover um nível elevado de transparência que seja capaz de revelar o caminho percorrido por esse fluxo de capitais, bens, serviços e pessoas com o objetivo de frear a concorrência fiscal desleal e, acima de tudo, a fraude e a evasão fiscais” (MELO, 2017, p. 166).

4 TRATAMENTO FISCAL NO CONTEXTO INTERNACIONAL

A plataforma Fiat Leak permite a verificação em tempo real do fluxo de Bitcoin, sendo o Estados Unidos o principal destinatário. Já a plataforma CoinMap permite visualizar no mapa os estabelecimentos que aceitam as moedas virtuais, sendo citadas como sete cidades que se destacaram: São Francisco, Buenos Aires, Nova York, Praga, Arnhem, Vancouver e Londres (PIRES, 2017, p.417). Pires (2017, p.418) ainda verificou que Aracajú é a cidade brasileira com maior concentração de serviços em Bitcoin, 55 estabelecimentos, sendo mencionada como a capital nacional do Bitcoin. É na China onde ocorre o maior número de minerações (PIRES, 2017, p.420).

Empresas como Dell e Microsoft aceitam Bitcoin como forma de pagamento, e a expansão é contínua para empresas nos diversos ramos de varejo, hotelaria, tecnologia e marketing. Nesse ponto é importante atentar para o planejamento fiscal abusivo. Diante dos diferentes tratamentos e tributação pelos países e a facilidade de realizar as transações em qualquer parte do mundo, abre-se espaço para novos paraísos fiscais.

Em abril de 2017 foi aprovada no Japão a criptomoeda como forma de pagamento e a Rússia sinalizou o interesse em regulamentá-la em 2018, impulsionada pelo objetivo de

conhecer os agentes participantes das negociações e combater a corrupção e lavagem de dinheiro.

Os Estados Unidos, apesar de maior destinatário das operações, estão enfrentando problemáticas quanto à obrigatoriedade de prestação de informações pela plataforma de negociações (Coinbase) e sobre a quantidade de pessoas que declararam a propriedade de Bitcoins no imposto de renda, que é ínfima. No Brasil, de maneira similar à norte-americana, o acréscimo patrimonial por meio de transações com Bitcoin é tributado pelo imposto de renda, com fundamento legal no art. 43 do Código Tributário Nacional.

A Receita Federal, inclusive, inseriu campo no formulário de declaração do Imposto de Renda destinado à informação sobre a propriedade de criptomoedas. Em ambos os países o Bitcoin deve ser declarado como ativo financeiro. Já na União Europeia a Corte Europeia de Justiça entendeu que a troca de bitcoins deve receber o mesmo tratamento fiscal que a troca de moedas estrangeiras (MEYER, 2017).

Gabriela Campos(2015, p. 79) acredita que a maioria dos países preferirá se ater a termos mais seguros para enquadrar o Bitcoin, para evitar classificar como dinheiro virtual por suas consequências serem desconhecidas. A Alemanha, contrariamente, classificou o Bitcoin como dinheiro privado e não propriedade (CAMPOS,2015, p. 79), e a Austrália anunciou que adotaria como moeda oficial (JANSEN, 2017), tendo o país de Dominica realizado tal feito em 2015.

Observa-se, portanto, que a economia digital impõe problemas que não se reduzem à questão dogmático-interpretativa (GALENDI JR.; GALDINO, 2016, p. 288)

Maria Odete Batista de Oliveira ponderou sobre a complexidade da sobrevivência da perspectiva tributária clássica nos novos tempos que vivemos da seguinte maneira:

A explosão das redes electrónicas cria um espaço onde centenas de milhões de cidadãos e empresas ou seja, de interlocutores e protagonistas livres, tentam racionalizar e otimizar as suas opções económicas (nas quais se não inclui, certamente, o pagamento de impostos), cenário que com a digitalização dos meios de pagamento, num quadro de moeda única como é o caso da Europa, e com a desintermediação que altera os velhos protagonistas da relação tributária clássica, põe em causa a identificação dos intervenientes a qual, como se sabe, é condição



indispensável para a responsabilização e exercício do poder fiscalizador e sancionatório do Estado (2012, p. 61).

Na última década os avanços tecnológicos provocaram grandes mudanças nas relações sociais, na economia e, conseqüentemente, requerem a adaptação do sistema jurídico para essas novas demandas. As chamadas tecnologias disruptivas se desenvolvem em velocidade tamanha que o Direito não consegue acompanhar.

Nesse sentido cabe mencionar a ponderação de Risolia (2016, p.319) no sentido de que “a valorização dos intangíveis e a redução dos custos de transação nas operações virtuais tornam as regras atuais de tributação insuficientes para se garantir a igualdade e a capacidade contributiva”.

5 CONCLUSÃO

O funcionamento do mercado de Bitcoin ainda é muito opaco e permeado de especulações, se mostrando um campo fértil para sonegação e evasão fiscal ante a falta de regulamentação. Entretanto uma visão superficial não pode renegar as moedas virtuais à obscuridade, assim como a sua proibição poderá fazer a soberania estatal sucumbir às forças do mercado. É preciso entender o universo, principalmente a tecnologia blockchain, e os instrumentos aptos a fiscalizar os fluxos de caixa.

Diante disso, o debate sobre a regulação e formas de tributação e fiscalização da circulação de Bitcoin precisa ser inserido na atual conjuntura de conquistas da cooperação fiscal internacional. A aceitação de moedas virtuais como forma de pagamento é uma realidade, de modo que os esforços mútuos presentes na seara fiscal a respeito do compartilhamento de informações devem avançar no sentido de se adaptar a transações em que não haja um terceiro intermediário que possa conferir informações sobre os correntistas.

É necessário é refinar os mecanismos de detecção de sinais de riqueza, assim como o praticado com a fiscalização atual no contexto das moedas tangíveis, uma vez que a

atual conjuntura do Bitcoin ainda é marcada pela conversão da moeda virtual em moedas como dólar, real e euro.

Não se pode deixar, contudo, de considerar que, caso o Bitcoin tenha maiores proporções, as transações podem não precisar sair do ecossistema Bitcoin, desse modo serão exigidas medidas ainda mais complexas por parte das autoridades governamentais.

Observou-se que apesar das repercussões e relevância do assunto os Estados adotaram medidas muito individualistas, escolhendo arbitrariamente a forma de enquadrar o Bitcoin, não se visualizando cooperação internacional nesse sentido. De tal forma, a consagração do Bitcoin como moeda provavelmente exigirá um maior diálogo entre as jurisdições.

REFERÊNCIAS

BRASIL, BANCO CENTRAL DO BRASIL. Comunicado nº 31.379 de 16.11.2017. Disponível em:

<http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?numero=31379&tipo=Comunicado&data=16/11/2017>. Acesso em 16 de nov. 2017.

CAMPOS, Gabriela Isa Rosendo Vieira. Bitcoin: Consequências jurídicas do desenvolvimento da moeda virtual. **Revista Brasileira de Direito**, v. 15, n. 2, p. 77-84, 2015.

GALENDI JÚNIOR, Ricardo André; GALDINO, Guilherme Silva. Desafios da Economia Digital: do problema hermenêutico ao desequilíbrio na alocação de jurisdição. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coords.). **A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. v. III. p. 285-317).

JANSEN. Austrália vai reconhecer o Bitcoin como dinheiro e proteger empresas de Bitcoin, isentando de impostos. **Guia do Bitcoin**. Disponível em: <https://guiadobitcoin.com.br/australia-vai-reconhecer-o-bitcoin-como-dinheiro-e-protger-empresas-de-bitcoin-isentando-de-impostos/>. Acesso em: 11 de jun. de 2017.

MARTINS, Armando Nogueira da Gama Lamela; VAL, Eduardo Manuel. CRIPTOMOEDAS: NOTAS SOBRE SEU FUNCIONAMENTO E PERPECTIVAS INSTITUCIONAIS NO BRASIL E MERCOSUL. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário**, v. 11, n. 1 Jan/jun, p. 227-252, 2016.

MELO, Luciana Grassano. INTERCÂMBIO DE INFORMAÇÃO CONTRA A FRAUDE E EVASÃO FISCAIS. **Revista Jurídica**, v. 2, n. 47, p. 159-173, 2017.



MEYER, Machado. **A tributação dos bitcoins e outras moedas virtuais**. Disponível em: <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/tributario-ij/a-tributacao-dos-bitcoins-e-outras-moedas-virtuais>. Acesso em: 20 de out. de 2017.

OLIVEIRA, Maria Odete Batista da. **O Intercâmbio de Informação tributária**. Nova disciplina comunitária. Estado actual da prática administrativa. Contributos para uma maior significância deste instrumento. Almedina: Coimbra, 2012.

PIRES, H. F. Bitcoin: a moeda do ciberespaço. *Geosp – Espaço e Tempo (Online)*, v. 21, n. 2, p. 407-424, agosto. 2017. ISSN 2179-0892.

RISOLIA, Rodrigo Cipriano dos Santos. Economia Digital e Estabelecimento Permanente Digital – Considerações sobre a Ação 1. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coords.). **A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. v. III. p. 319-338.

RÚSSIA. Rússia vai legalizar Bitcoins e outras moedas digitais em 2018. **Gazeta Russa**. Disponível em: https://gazetarussa.com.br/economia/2017/04/24/russia-vai-legalizar-bitcoins-e-outras-moedas-digitais-em-2018_749388. Acesso em: 11 de jun. de 2017.

SANTOS, António Carlos. Cooperação, transparência e troca de informações fiscais: estratégia da aranha ou declaração de boas intenções? (artigo elaborado a convite dos organizadores) in C. Jiménez, C. Garcia Novoa, J. Fernandèz C. (org.), **Nueva fiscalidad, Estudios en homenaje a Jacques Malherbe**, Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2017, p. 107-148.

_____. O papel do direito flexível e da cooperação em rede no combate à concorrência fiscal prejudicial, à evasão fiscal e ao planejamento fiscal abusivo. **Revista de Finanças Públicas e de Direito Fiscal**. Ano VIII, 1/15. Coimbra: Almedina, 2015, p. 179-216.

SURDA, Peter. *EconomicsofBitcoin: isBitcoinanalternativeto fiat currenciesandgold?* Diploma Thesis, Wirtschaftsuniversität Wien, 2012. Disponível em: <<http://dev.economicsofbitcoin.com/mastersthesis/mastersthesis-surda-2012-11-19b.pdf>>. Acesso em: 10out. 2017.

ULRICH, Fernando. **Bitcoin: a moeda na era digital**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014.

.....



O PLANEJAMENTO FISCAL INTERNACIONAL ABUSIVO E A IMPORTÂNCIA DO INTERCÂMBIO DE INFORMACÕES FISCAIS:

A IMORALIDADE DO CASO STARBUCKS

.....
Idalina Cecília Fonseca da Cunha Hinrichsen¹

1 INTRODUÇÃO

Após décadas de debates acerca de tratados e convenções internacionais no intuito de evitar a dupla tributação entre países, cresce uma preocupação oposta.

Ganha cada vez mais força o movimento promovido por países e por organismos internacionais, tais como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), no combate às inesgotáveis manobras realizadas por contribuintes, especialmente pessoas jurídicas, que se locomovem facilmente entre países e que conseguem se esquivar do dever de contribuir para os cofres públicos dos países em que se encontrem ou em que realizem diversas operações financeiras.

Por sua vez, a divulgação da brusca queda de arrecadação tributária em inúmeros países em decorrência das elusões fiscais internacionais praticadas e de suas consequências para a manutenção do Estado, como diminuição de valores disponíveis para gastos com necessidades públicas básicas, tem gerado, por vezes, grande insatisfação popular. A partir daí, questiona-se a moralidade das condutas de certas empresas que, ainda que agindo de forma lícita, arrecadam valores ínfimos diante de seus faturamentos, o que, inegavelmente, acaba por acarretar grandes prejuízos a diversas regiões e países.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE), pós-graduanda em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBET) e graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). E-mail: idalinacfcunha@gmail.com.



No atual cenário de integração entre países no combate à fraude fiscal, surge um novo paradigma no direito tributário, ocorrendo, conforme afirma Torres (2015, p. 1), o fim do isolamento fiscal entre nações e a substituição do modelo tradicional de soberania tributária por um modelo de cooperação entre Estados, através de convenções bilaterais ou multilaterais, configurando-se o que ele denomina de “novos tempos do fisco global”.

2 GLOBALIZAÇÃO E CRISE FISCAL

O fenômeno da globalização permitiu que grandes empresas, que antes tinham claros os seus limites de atuação, começassem a ampliar suas possibilidades de planejamento fiscal. Tais limites, que antes se restringiam, em regra, ao país em que estivessem sediadas, passaram a ser flexibilizados. Isso porque, com as constantes mudanças no cenário do comércio mundial, muitas corporações se difundiram progressivamente por inúmeros países através da abertura de filiais, sucursais e controladas (ROLIM; FONSECA, 2016, p. 356). Assim, abriu-se uma gama de possíveis ordenamentos jurídicos a se adequar, cabendo à própria empresa escolher, por vezes, aquele que oferecesse condições economicamente mais favoráveis.

Essa possibilidade de escolha da jurisdição mais favorável por parte do contribuinte, que, a princípio, resultaria tão somente na Concorrência Fiscal Internacional (na qual se destaca a famosa figura dos “paraísos fiscais”), desencadeou, após certo tempo, uma preocupação generalizada por inúmeros países. Isso se deu em decorrência da significativa redução do montante arrecadado resultantes de planejamentos fiscais abusivos. Os contribuintes, especialmente as empresas multinacionais, detentoras e produtoras de grandes riquezas, começaram a se vincular àqueles países que ofereciam – e ainda oferecem – condições mais atrativas, como baixas ou, até mesmo, inexistentes tributações, o que culminou em um grande desfalque nas arrecadações tributárias de países em todo o mundo (ROLIM; FONSECA, 2016). Vislumbrou-se, portanto, a necessidade de imposição de limites ao planejamento fiscal abusivo no âmbito internacional.



Conforme leciona Becker (2010, p. 143), a busca pelo resultado financeiro com a maior economia possível, ou seja, com a menor despesa constitui aspiração natural de qualquer sujeito. Assim, todo indivíduo – abarcadas aí as pessoas jurídicas – tem a indiscutível liberdade de planejar seus negócios do modo menos oneroso possível, inclusive tributariamente, desde que não sejam violadas regras jurídicas.

Ocorre que, a liberdade de escolha na execução do planejamento fiscal das grandes empresas e demais contribuintes não pode se sobrepor ao dever fundamental de contribuir para o suporte da manutenção do Estado, ou seja, o dever fundamental de pagar tributos (CASALTA NABAIS, 2004, p.679). Nesse mesmo sentido, Rosenblatt (2014, p.10) defende que os princípios da estrita legalidade, da tipicidade fechada e da autonomia da vontade, não são absolutos e, portanto, não garantem uma liberdade ilimitada do contribuinte para esquivar-se do Fisco.

É importante frisar que o planejamento fiscal, ainda que lícito e, por conseguinte, em conformidade com o ordenamento jurídico a que se submeta, pode, não obstante, ser agressivo e danoso. Torres (*apud* OLIVEIRA, [2015], p.3) adota, portanto, o termo “elusão” para referir-se a tal conduta. Isso porque, segundo ele, o termo “elisão” não deve ser utilizado para se referir à postura lícita do contribuinte na economia de tributos. O referido autor explica que, para evitar confusões no uso da linguagem e para melhor representar a atuação do contribuinte que se esquia da incidência tributária, é preferível a palavra “elusão”.

Assim, “elusivo” seria aquele que evita, escapole, furta-se de algo com destreza. E é justamente nesse sentido que agem as corporações aqui mencionadas. Elas se moldam àquelas jurisdições que lhes ofereçam melhores condições fiscais, resultando em maior economia empresarial, em detrimento da arrecadação tributária daquele país em que, caso tal manobra não fosse utilizada, deveria ocorrer o cumprimento da obrigação tributária.

Diante desse contexto, conforme Rolim e Fonseca (2016, p. 356), a OCDE intensificou, a partir da década de 1990, os estudos acerca da necessidade de maior integração entre os Estados na prevenção de elusão fiscal. Dessa forma, percebeu-se que a



ausência de efetiva troca de informações entre os fiscos dos países seria um dos pontos chave para a realização de práticas fiscais internacionais abusivas. Uma solução viável seria, então, a promoção da cooperação internacional em assuntos fiscais, encorajando-se a transparência e a colaboração mútua entre Estados (ROLIM e FONSECA, 2016, p. 356). A partir disso, acentuou-se o debate acerca da necessidade de intercâmbio de informações entre Administrações Tributárias de todo o mundo como meio de combate ao planejamento fiscal agressivo. Desse modo, inicia-se um período de crescente elaboração de acordos de troca de informações fiscais bilaterais e multilaterais.

3 SURGIMENTO DO DEBATE DA MORALIDADE TRIBUTÁRIA

A teoria formalista do Direito tem como um de seus traços a ideia de isolamento e fechamento do sistema jurídico, no sentido de entender que tal sistema, por si só, seria suficiente e capaz de solucionar todo e qualquer problema social que lhe seja apresentado. Esse entendimento se relaciona à ideia de completude do sistema jurídico, que é proveniente do Positivismo e consiste na concepção de que o juiz, ao se orientar pelas normas integrantes do ordenamento jurídico, estaria apto a resolver qualquer situação a ele submetida (ROCHA, 2014, p.53-55).

Nesse sentido, defende Barros (2013, p.221):

O sistema jurídico aparece aqui concebido como sistema autorreferencial e autorreprodutivo de actos de comunicação particulares (actos jurídicos), ou seja, um sistema constituído por eventos comunicativos específicos que, simultaneamente, se autorreproduzem à luz do código binário "lícito/ilícito", se articulam recursiva e circularmente entre si, definem as fronteiras do sistema jurídico, e constroem seu meio envolvente próprio ("realidade jurídica"): numa palavra, um sistema comunicativo "normativamente fechado".

Observe-se que, conforme leciona Barros (2013), em um sistema jurídico normativamente fechado, os atos jurídicos seriam classificados sobre o critério ambivalente do lícito e do ilícito.



Ocorre que, em um contexto de prática de planejamentos fiscais lícitos, mas abusivos, por parte de empresas transnacionais provenientes de diversas partes do mundo, surge a necessidade de debate acerca do dever moral de contribuir para os cofres públicos, para além do dever de contribuir previsto legalmente.

Assim, apesar de a teoria tributária formalista/positivista negar a existência de um dever tributário proveniente de fonte moral, mas apenas um dever proveniente de previsão expressa em lei, a discussão acerca de uma moral tributária começou a ganhar cada vez espaço com o surgimento do projeto *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), proposto pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), como meio de combate a elusão fiscal.

Não há ainda um conceito exato e pacificado do que significaria um planejamento fiscal imoral. Entretanto, atualmente, já se discute que para que o planejamento seja aceitável, não basta apenas ser lícito, mas orientado por princípios e valores fundantes (TIKPE, 2012, p.8), de uma tributação justa.

4 O CASO DA STARBUCKS E A REAÇÃO SOCIAL COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À IMORALIDADE

Dentre as empresas multinacionais que se utilizam das estratégias de fuga do dever de pagar tributos, destaca-se aqui a empresa varejista de café Starbucks. O caso da Starbucks ganhou notoriedade quando foi noticiado que a empresa, que havia iniciado suas atividades no Reino Unido no ano de 1998, teria recolhido até meados de 2012 o equivalente a apenas 8 (oito) milhões de libras relativos ao imposto de renda corporativo.

Apesar de seus representantes sempre se manifestarem acerca da legalidade de todas as suas operações financeiras, em um de seus depoimentos, a empresa admitiu que eram realizadas transações entre as filiais britânicas e as filiais holandesas, com o pagamento de altos valores a título de *royalties* para a subsidiária localizada na Holanda. Tal artifício representa uma espécie de planejamento fiscal e consiste na transferência da



propriedade intelectual da empresa transnacional para uma das controladas que se localize em uma jurisdição com tributação mais favorável ou, até mesmo, nula, a fim de cobrar grandes montantes às unidades que se encontrem em jurisdições com tributações maiores e mais rígidas, fazendo parecer que, nesses países, o lucro tenha sido menor, a fim de que incida menor tributação.

Com a publicização de tais dados, muitos consumidores britânicos demonstraram insatisfação com a conduta adotada pela multinacional. De forma a evitar que uma represália social afetasse as vendas da empresa, o representante da multinacional no Reino Unido, Kris Engskov, anunciou que a empresa se comprometeria em pagar 10 (milhões) de libras a mais do que o montante devido no exercício financeiro seguinte como uma mera liberalidade. A referida doação fora utilizada como um instrumento publicitário para reconquistar a credibilidade e simpatia da população, que, por sua vez, mostrou ter importante papel no combate à imoralidade praticada no planejamento fiscal empresarial.

Após tal anúncio, um grupo de ativistas denominado "UK Uncut", responsável por realizar campanhas contra evasão fiscal corporativa e políticas de austeridade, organizou ainda uma série de protestos em diversas lojas da empresa localizadas no Reino Unido.

Percebe-se, portanto, que apesar de a empresa em tela ter agido dentro da legalidade, a população insurgiu-se contra seu planejamento tributário por considerá-lo fora dos limites da moralidade.

5 INTERCÂMBIO AUTOMÁTICO DE INFORMAÇÕES ENTRE FISCOS NO COMBATE À ELUSÃO FISCAL

Como explicam Rolim e Fonseca (2016, p. 357), desde a década de 1960 a OCDE e a ONU já apresentavam preocupação com a perda de receita tributária em decorrência da adoção de práticas fiscais agressivas por grandes corporações, o que comprometia a função social do tributo – acentuando-se que este constitui a principal fonte de custeio do Estado. Assim, apesar de a troca de informações tributárias não constituir um instituto



novo, surgem inovações que merecem ser estudadas, tais como o multilateralismo e a mais recente característica de automaticidade nas trocas das informações em questão.

É importante frisar que a adoção da automaticidade na troca de informações fiscais pelos Estados visa diminuir cada vez mais as eventuais burocracias e esperas entre a solicitação e o envio dos dados desejados. Conforme Schneeweiss (2016, p.336), essa é, inclusive, o padrão de intercâmbio de informações ideal a ser adotado no modelo proposto pela OCDE.

É premente uma avaliação cuidadosa dos impactos da participação brasileira na rede mundial de troca automática de informações. Deve haver, conforme defende Torres (2015, p. 8), um estudo rigoroso sobre os limites materiais e as implicações que afetam os direitos fundamentais, podendo-se, inclusive, verificar uma crise entre a Constituição Federal e os acordos internacionais.

Conforme alerta Torres (2015, p. 8), embora as Administrações Tributárias tenham o dever de utilizar as informações recebidas apenas para os fins a que se propõe o seu intercâmbio, o problema maior é o grau de respeitabilidade ao dever de confidencialidade, que difere de jurisdição para jurisdição. Dessa forma, o grau de proteção aplicado pelo Estado fornecedor da informação poderá diferir daquele conferido pelo destinatário do dado fiscal, o que poderia trazer problemas ao funcionamento de tais procedimentos de trocas. Para isso, Torres (2015, p. 8) prevê a possibilidade, em um futuro próximo, de um eventual aumento na aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos e liberdades fundamentais na proteção dos contribuintes.

Segundo Schneeweiss (2016, p. 337), o modelo mais recentemente proposto pela OCDE para o intercâmbio de informações entre países é o “automático”, no qual a transferência de informações fiscais entre Estados se dá periodicamente e independentemente de solicitações. É importante notar, além do mais, que esse mencionado modelo, por seu turno, já tem sido adotado por diversos países da União Europeia. Schneeweiss (2016, p.337) ressalta, ainda, que a adoção da modalidade automática por um número cada vez maior de países está estritamente ligada ao



desenvolvimento de modelo de intercâmbio multilateral. Ocorre que, para a efetiva implementação da multilateralidade de trocas informacionais, faz-se necessário levar em consideração as características jurídico-econômicas de cada país (SCHNEEWEISS, 2016, p. 337).

6 ADESÃO DO BRASIL À TROCA AUTOMÁTICA DE INFORMAÇÕES

Dentre os acordos que preveem essa “nova” modalidade, destaca-se a Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal, a qual foi recentemente aprovada pelo Congresso Nacional, resultando na promulgação do seu texto através do Decreto n. 8.842, de 29 de agosto de 2016 (BRASIL, 2016).

Conforme informação recentemente divulgada, o secretário da Receita Federal do Brasil, Jorge Rachid, assinou o Acordo Multilateral de Autoridades Competentes – *Multilateral Competent Authority Agreement* (MCAA) para o *Common Reporting Standard* (CRS). O referido acordo, amparado pela Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária, apenas reforça o comprometimento do Brasil (e sua Administração Tributária) em seguir o padrão global para o intercâmbio automático de informações financeiras para fins tributários.

Vislumbra-se, portanto, diante dos últimos acontecimentos, a relevância do papel que o Brasil tem assumido no cenário de cooperação internacional de troca de dados tributários. Apesar da inegável importância de diversos acordos internacionais nessa matéria, tais como o já mencionado FATCA, toma-se como objeto específico de análise no presente trabalho a atuação do Brasil na implementação da Convenção Multilateral recentemente promulgada.

Após um longo período de implementação de acordos bilaterais de troca de informações tributárias, dentre os quais merece destaque o Programa norteamericano *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA), aderido pelo Brasil no ano de 2015, surge um novo movimento em prol do intercâmbio informacional no âmbito internacional. Nesse



sentido, surge a característica do multilateralismo como um relevante avanço no cenário global. Ademais, é importante frisar também, como tendência, a busca pela automaticidade na transferência de dados em detrimento da anterior necessidade de solicitação ou espontaneidade.

Com a publicação do Decreto n. 8.842/2016, o qual promulga o texto da Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária (BRASIL, 2016), o Brasil finalmente se coaduna à modalidade automática de troca de informações, o que parece ser, diante de todo o exposto, um avanço significativo no contexto de colaboração administrativa internacional.

De acordo com Schneeweiss (2016, p. 338), a busca de aumento de eficácia dos sistemas tributários nacionais e o combate à elusão fiscal internacional estão entre os objetivos principais da tentativa de estabelecer um padrão mínimo de trocas de informações fiscais internacionais. Entretanto, ela (SCHNEEWEISS, 2016, p.338) destaca três pontos que merecem ponderação, ao se colocar em execução, pelo Brasil, o plano de intercâmbio de informações fiscais automáticas: (a) em primeiro lugar, a ponderação entre o direito do contribuinte de ser cientificado acerca da ocorrência de transmissão de seus dados e a necessária rapidez de obtenção de informações de modo que não se frustrasse o sucesso de eventuais investigações; (b) em segundo lugar, a ponderação entre o direito ao sigilo bancário e fiscal do contribuinte (consagrado constitucionalmente no ordenamento jurídico brasileiro como direito fundamental) e o seu dever de colaboração; e, por fim, (c) em terceiro lugar, a ponderação entre a permuta irrestrita de informações e a verificação tanto de sua finalidade quanto de sua utilidade pretendida.

Ainda sobre esse terceiro ponto, para que haja legitimidade na utilização de tais informações, seria necessária a presença do interesse de fiscalização e arrecadação tributária. Trata-se, aqui, conforme Torres (2015, p. 4), do limite material para o tratamento dessas informações. Nesse sentido, a sua utilização fora dos limites estabelecidos pelos artigos 198 e 199 do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966) pode resultar em



imposição de responsabilidade administrativa ao(s) agente(s) que tenha(m) concorrido para a sua prestação despropositada.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desse trabalho, percebe-se a importância de se debater a questão da (i)moralidade tributária na realização dos planejamentos fiscais em geral e, em especial, os empresariais, bem como a necessidade de se buscar soluções para tais.

Apesar de acordos em prol do intercâmbio de informações fiscais entre países (em especial, a Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária) e o plano BEPS se mostrarem alguns dos promissores instrumentos no combate aos planejamentos abusivos, é preciso, antes de tudo, se retirar definitivamente o “antolho positivista”². O código binário lícito/ilícito, portanto, não deve ser o único instrumento de análise das manobras fiscais realizadas pelos contribuintes.

Por fim, entende-se, em conformidade com o que ensina Tipke (2012), que um dos caminhos possíveis para que os contribuintes, de forma voluntária, ajam moralmente perante o Estado, seria o Estado também atuar de forma ética, de modo a demonstrar que os tributos arrecadados são realmente alocados de forma correta e em prol da coletividade e que são respeitados os princípios da capacidade contributiva, igualdade, isonomia e justiça fiscal, o que, certamente afloraria nos cidadãos o sentimento de dever moral de contribuir.

² A expressão “antolho positivista” aqui trazida remete à ideia do acessório que se coloca em animais de montaria ou de carga, tal como o cavalo, a fim de limitar seu campo de visão, o que o impede de enxergar o seu entorno e o obriga a olhar apenas para o que está à sua frente. Nesse sentido, utilizar-se do supracitado antolho positivista seria limitar/estretar a visão de modo a observar apenas a sua legalidade e ignorar outros fatores que devem permear o planejamento fiscal, como a sua moralidade, os prejuízos aos cofres públicos por ele causados e a sua aceitabilidade social.



REFERÊNCIAS

- Autor desconhecido. Wake up and smell the coffee: Starbucks's tax troubles are a sign of things to come for multinationals. **The Economist**, 15 dez. 2012. Disponível em: <<https://www.economist.com/news/business/21568432-starbucks-tax-troubles-are-sign-things-come-multinationals-wake-up-and-smell>>. Acesso em 18 ago. 2017.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010.
- BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 29 ago. 2017.
- BRASIL. Decreto n. 8.842, de 29 de agosto de 2016. Promulga o texto da Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária emendada pelo Protocolo de 1º de junho de 2010, firmada pela República Federativa do Brasil em Cannes, em 3 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 ago. 2016a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8842.htm>. Acesso em: 11 ago. 2017.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013. 1000p.
- CASALTA NABAIS, José. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2004. 746p.
- OLIVEIRA, Nilo Junior de. Elisão, Evasão e Planejamento Tributário. **Revista Científica Integrada**, Guarujá, v. 1, n. 4, p. 1-6, [2015]. Disponível em: <<http://www.unaerp.br/revista-cientifica-integrada/edicoes-anteriores/edicao-n-4-2014-1-1/1499-433-1508-1-sm/file>>. Acesso em: 2 set. 2017.
- PALMA, Clotilde Celorico. O código de conduta da fiscalidade das empresas e a boa governança fiscal. **Nomos**, Fortaleza, v.30, n.2, p. 211-225, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1208/1173>>. Acesso em 23 ago. 2017.
- ROCHA, Sérgio André. O que é Formalismo Tributário? In: QUEIROZ, Luís Cesar Souza de (Organ.); OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de (Organ.). **Tributação Constitucional, Justiça Fiscal e Segurança Jurídica**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014, p. 45-60.
- ROLIM, João Dácio; FONSECA, Frederico de Almeida. O plano de ação n. 5 do BEPS sobre as *patent boxes* e a troca de informações em matéria tributária: análise de casos e repercussões no direito tributário brasileiro. In: GOMES, Marcus Lívio (Coord.); SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **A Tributação Internacional na era pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016. p. 347-363. v. 1.



ROSENBLATT, Paulo. A possibilidade de aplicação imediata pelos Estados da norma geral antielisiva (Artigo 116, parágrafo único do Código Tributário Nacional). **ANAPE**, Brasília, DF, p. 1-24, 2014. Disponível em: <<http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/TESE-1-AUTOR-Paulo-Rosenblatt.pdf>>. Acesso em: 7 ago. 2017.

SANCHES, José Luís Saldanha. **Justiça Fiscal**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010.

SANTOS, António Carlos. O papel do direito flexível e da cooperação em rede no combate à concorrência fiscal prejudicial, à evasão fiscal e ao planejamento fiscal abusivo. **Revista de Finanças Públicas e de Direito Fiscal**. Ano VIII, 1/15. Coimbra: Almedina, 2015, p. 179 a 216.

SANTOS, António Carlos dos. Planeamento fiscal, evasão fiscal, elisão fiscal: o fiscalista no seu labirinto. **Nomos**, Fortaleza, v.30, n.2, p. 211-225, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1209/1174>>. Acesso em 22 ago. 2017.

SCHNEEWEISS, Kristal Heine. BEPS: desafios nacionais na adoção dos padrões internacionais de transparência fiscal e troca de informações. In: GOMES, Marcus Lívio (Coord.); SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **A Tributação Internacional na era pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016. p. 333-346. v. 1.

TIPKE, Klaus. **Moral tributária do Estado e dos contribuintes: Besteuerungsmoral und Steuermoral**. Trad. Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

TORRES, Heleno Taveira. O Brasil inova como fisco global na luta contra a evasão fiscal. **Jornal GGN**, [S.l.], 2015. Disponível em: <https://jornalgggn.com.br/sites/default/files/documentos/heleno_torres_-_trocas_de_informacoes_com_eua.2015.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2017.

.....



ORÇAMENTO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESIGUALDADE NO BRASIL

.....
Luciana Grassano Melo¹

Falar sobre orçamento é falar sobre receita e despesa públicas e falar sobre políticas públicas é falar sobre ações e programas que definem o que determinado governo entende ser papel do Estado e direitos dos cidadãos.

Quando se quer saber se um país é mais ou menos justo com seus cidadãos é imprescindível que se olhe como ele arrecada a sua receita e como ele realiza a sua despesa. A meu ver, esses são os dois principais parâmetros que vão definir se estamos diante de uma sociedade justa ou não.

E é claro que se eu perguntar a qualquer pessoa se vivemos numa sociedade justa aqui no Brasil, tenho certeza de que a resposta da quase totalidade será não, não vivemos em uma sociedade justa.

Porque para uma sociedade ser justa, é necessário que todos os seus cidadãos tenham direitos assegurados que lhes proporcionem a condição de bem-estar social. Tanto os direitos de liberdade e propriedade, como direitos sociais básicos, de saúde, educação, assistência e previdência social.

E para prover esses direitos, o Estado precisa de receita. E a forma como arrecada essa receita diz muito de como determinado Estado encara o problema da desigualdade entre os seus cidadãos.

¹ Doutora em Direito (2006) pela Universidade Federal de Pernambuco (estágio doutoral na Universidade Lusitana/Lisboa, CAPES), graduada em Direito (1995) pela Universidade Federal de Pernambuco, fez mestrado em Direito (2000) pela Universidade Federal de Pernambuco. Foi diretora da Faculdade de Direito do Recife/UFPE por dois mandatos, de 2006 a 2014 e é Procuradora do Estado de Pernambuco, desde 1998. Atualmente é professora (associada I) do programa de graduação, mestrado e doutorado em Direito da UFPE. Fez estágio pós-doutoral na Università di Bologna, na Itália, de maio/2013 a abril/2014 (CAPES).



1 SISTEMA TRIBUTÁRIO E DESIGUALDADE NO BRASIL

Veja que no caso do Brasil, também, se eu perguntar se o sistema tributário é justo, a quase totalidade vai me dizer que não, o sistema tributário brasileiro não é justo.

E o que é um sistema tributário justo? Um sistema tributário justo é aquele cujo desenho demonstra uma preocupação com a igualdade do sacrifício na repartição dos encargos tributários.

Ou seja, o sacrifício sentido por cada um dos contribuintes deverá ser tendencialmente o mesmo, quando são chamados a cobrir as despesas do Estado (SANCHES, 2010, p. 32). É a isso que chamamos de princípio da capacidade contributiva. E um sistema tributário vai ser mais justo, quanto mais se aproxime da capacidade contributiva dos cidadãos, que é o critério de justiça e isonomia material, em tema de tributação.

No caso brasileiro, o que se verifica quando se compara a carga tributária sofrida pelos cidadãos é que a maior parte dela incide sobre o consumo. E isso caracteriza um sistema regressivo, na medida que o consumo não faz distinção de faixa de renda, para fins de incidência de imposição tributária. O mesmo valor de tributo é pago na aquisição de um bem ou serviço, seja quem for o consumidor, de alta ou baixa renda.

E como funciona um sistema tributário mais justo? É aquele que tendencialmente tribute mais e progressivamente a renda e o patrimônio, porque só assim aquela ideia do sacrifício ser sentido da mesma forma irá funcionar.

Veja que todas essas são ideias no sentido de se pensar em fazer justiça e diminuir desigualdades. Para isso é preciso arrecadar conforme um critério de justiça. E essa ideia ampara o que há de pensamento coerente sobre direito, economia e sociedade, porque entre as condições hoje consideradas necessárias para o crescimento econômico,



encontramos itens como programas eficientes para reduzir a pobreza e criação de redes de segurança social eficazes².

E veja que tudo isso constitui despesa pública e, portanto, pressupõe tributação.

E o Brasil, como fica diante desse quadro? Os impostos indiretos ou sobre o consumo representam 53% da carga tributária e a tributação sobre a renda e patrimônio é baixa e pouco progressiva, com pequeno número de alíquotas e faixas de renda. E não só por isso, mas porque a forma da tributação direta não ajuda a redistribuir renda do topo da pirâmide social para a base, na medida que pesquisas³ comprovam que grande parte da composição da renda dos que estão no topo da pirâmide social no Brasil não vem de rendimentos do trabalho, mas de rendimentos do capital que ora é isento de tributação ora é menos tributado que a renda proveniente do trabalho. Além, é claro, de faltar transparência no sistema, em especial no que concerne aos benefícios fiscais concedidos.

2 DESPESA PÚBLICA E DESIGUALDADE NO BRASIL

E quanto à despesa pública? Veja que a ideia de despesa pública está muito atrelada à definição do que deve ser o papel do Estado. E isso não está claro para as pessoas.

Quantas vezes não escutamos as pessoas dizerem de suas conquistas: consegui graças a Deus ou ao meu mérito, sem que tenham a consciência de que existe uma política pública graças a que foi possível alcançar aquele objetivo.

²Em Davos, contradizendo o Ministro da Fazenda Henrique Meirelles, a diretora-geral Christine Lagarde afirmou que o FMI está revendo seus conceitos e passou a adotar uma postura crítica a políticas econômicas concentradas em austeridade fiscal e desconectadas de seus impactos sociais: "Não sei por que as pessoas não escutaram (que a desigualdade é nociva), mas, certamente, os economistas se revoltaram e disseram que não era problema deles. Inclusive na minha própria instituição, que agora se converteu para aceitar a importância da desigualdade social e a necessidade de estudá-la e promover políticas em resposta a ela", disse a francesa, segundo relato da BBC. <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38670576>, acesso em 8/10/2017.

³MEDEIROS, Marcelo e CASTRO, Fábio Ávila de. Composição da renda no topo da distribuição: Evolução no Brasil entre 2006 e 2012, a partir de informações do Imposto de Renda. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2804612, acesso em 8/10/2017.



Quando atribuímos as nossas conquistas a Deus ou ao nosso mérito, essa é uma forma de se negar uma perspectiva importante da cidadania. É claro que o mérito é um critério de justiça, mas para que ele se revele é imprescindível a existência de um sistema de proteção da cidadania, por meio de políticas públicas sociais e de inclusão.

Então vejam que quanto maior se entende seja o papel do Estado, maior a necessidade de arrecadação, maior a necessidade de políticas públicas e maior a despesa pública, em consequência.

Essa ideia se contrapõe ao liberalismo que está associado, em geral, à ideia de Estado mínimo, neutralidade das finanças e de que a despesa pública é improdutivo, devendo limitar-se ao essencial.

Mas o Estado deve ter o papel de controlar as distorções do capitalismo. E definições sobre a arrecadação de receita e a realização de despesa pública é a forma como se faz isso. É papel do Estado criar políticas públicas que favoreçam a criação de empregos e a justiça distributiva, cuja ideia passou a estar ligada aos direitos sociais.

E o que é que nós estamos presenciando em nosso país? Aumento de imposto sobre consumo: em julho/2017 o governo federal aumentou o Pis e Cofins sobre gasolina, etanol e diesel, além do estabelecimento de limite para os gastos públicos com educação e saúde para os próximos 20 anos (EC 95/2016).

Ou seja, o caminho trilhado pelo governo atual é de criação de uma sociedade mais desigual. E nós precisamos nos preocupar com isso.

Nós precisamos nos preocupar com a desigualdade. E desigualdade se combate com justiça fiscal e com políticas públicas. Ou seja, com orçamento justo e com políticas públicas de inclusão e de distribuição de renda.

Veja que em um ano de governo Temer, ocorreu aumento de tributação, corte brutal em despesas sociais e a conta continua não fechando. O que estamos presenciando agora? Um programa de privatizações, o que completa a agenda neoliberal do governo federal.



Aumenta-se a tributação e a arrecadação cai, por que? Porque não existe produção, a economia está parada, as empresas fechando, o desemprego aumentando e tudo isso promove queda da arrecadação.

Do lado da despesa pública, o corte que se verifica é nos gastos sociais, mas não nos super salários, privilégios e em despesas com liberação de emendas parlamentares que sabemos ser um dos mecanismos utilizados pelo governo federal para compra de votos no Parlamento⁴.

3 POR QUE SE PREOCUPAR COM A DESIGUALDADE?

Veja que o neoliberalismo e seus efeitos é um problema enfrentado em todo o mundo, entretanto, entre nós é mais grave porque nos atinge quando ainda não temos um Estado de bem-estar social. Atinge-nos mais porque somos uma sociedade muito mais desigual de que as sociedades dos países desenvolvidos, e se não se garante um mínimo de justiça social, não se tem igualmente o mínimo de paz social.

Se são tirados os mínimos direitos sociais de grande parte dos cidadãos, está-se tirando a sua condição de pessoa humana digna. E se não existe dignidade da pessoa humana, não existem direitos humanos.

A sociedade brasileira precisa enfrentar o tema da desigualdade com urgência, e enfrentar a necessidade de se utilizar o orçamento do Estado para reduzi-la e não para agravá-la. E isso se faz por meio de políticas públicas.

A temática da desigualdade sempre chamou a minha atenção, exatamente por isso deparei-me com a leitura de um autor que dedica suas pesquisas acadêmicas ao assunto. Branko Milanovic é economista e professor visitante da CUNY – City University of New York e seus estudos e pesquisas procuram explicar as dinâmicas que impulsionam a desigualdade, numa escala global.

⁴ Vale a leitura: MORAIS, Paulo. Anatomia da corrupção em Portugal. SOUSA, Luis de e SOARES, Domitília. "Em memória de Saldanha Sanches: transparência, justiça e liberdade. Lisboa: RCP Edições, 2011, p. 29 a 40.



Em artigo de 2 de maio passado⁵, publicado no The Guardian e encabeçado por uma foto da favela da Rocinha, no Rio de Janeiro, Milanovic responde a uma pergunta que lhe é frequentemente endereçada: Por que devemos nos preocupar com a desigualdade?

E ele elenca três grandes razões. De início, afirma que toda desigualdade em tratamento ou posição entre indivíduos, incluída aí a desigualdade de renda e de riqueza, requer compreensão e justificação, isso porque, em princípio, somos todos fundamentalmente iguais. Com isso ele não quer dizer que todos devemos ter os mesmos salários e rendimentos, até porque nosso esforço e sorte podem variar, mas que precisamos pensar sobre as razões para toda e qualquer desigualdade.

Em seguida, ele afirma que precisamos nos preocupar com a desigualdade para descobrir se a existência dela acelera ou retarda o progresso econômico. E com base num argumento de senso comum, fundado em evidências empíricas que sugerem que nenhum dos dois extremos é bom, ou seja - nem a situação em que todos tenham iguais rendimentos e riquezas, nem a situação em que a desigualdade seja extremamente alta - ele propõe o seu objetivo de identificar que tipos de desigualdade podem ser boas para o crescimento (por exemplo, a desigualdade que se justifica por um maior ou menor esforço do indivíduo) e outros tipos de desigualdade que não seriam boas para o crescimento econômico (como as desigualdades baseadas em gênero, raça ou direitos de herança).

Por último, Milanovic chama a atenção para a importância em se compreender a relação entre a desigualdade e a política. E afirma que em todos os sistemas políticos, até mesmo nas democracias, os ricos tendem a ter mais poder político e o grande perigo é que esse poder político seja usado para promover políticas que consolidem ainda mais o poder econômico dos mais ricos. E sentencia: "Quanto maior a desigualdade, mais provável é que nos afastemos da democracia para a plutocracia".

⁵<https://www.theguardian.com/inequality/2017/may/02/higher-inequality-move-away-from-democracy-branko-milanovic-big-data> , acesso em 08/10/2017.



É exatamente isso o que refletem as atuais políticas públicas no Brasil. Todas elas políticas que agravam a desigualdade social num país já extremamente desigual e que consolidam o poder econômico e político, cada vez mais, nas mãos dos mais ricos.

Se Milanovic escolheu essas três grandes razões para explicar porque se preocupa com a desigualdade, Josué de Castro, teórico brasileiro da fome e do subdesenvolvimento - porque fome e subdesenvolvimento são a mesma coisa - traz uma razão e um apelo final: "Não podemos viver num mundo partilhado por 2/3 que não comem e, tendo consciência das causas da fome, se revoltam, e 1/3 que come bem - às vezes demais - mas que já não dorme com medo da revolta dos 2/3 que não comem".

REFERÊNCIAS

BBC, Brasil. Diante de Meirelles, diretora do FMI afirma que prioridade deve ser combate à desigualdade, 18 de janeiro de 2017, em <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38670576> , acesso em 8/10/2017.

MEDEIROS, Marcelo e CASTRO, Fábio Ávila de. Composição da renda no topo da distribuição: Evolução no Brasil entre 2006 e 2012, a partir de informações do Imposto de Renda, em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2804612 , acesso em 8/10/2017.

MILANOVIC, Branko. HigherInequality move awayfromdemocracy. London: The Guardian, May, 2nd, 2017, em <https://www.theguardian.com/inequality/2017/may/02/higher-inequality-move-away-from-democracy-branko-milanovic-big-data> , acesso em 08/10/2017

MORAIS, Paulo. Anatomia da corrupção em Portugal. SOUSA, Luis de e SOARES, Domitília. "Em memória de Saldanha Sanches: transparência, justiça e liberdade. Lisboa: RCP Edições, 2011, p. 29 a 40.

SANCHES, J. L. Saldanha. Justiça Fiscal. Lisboa: FFMS, 2010.





TRIBUTAÇÃO ÓTIMA E TAX DESIGN

Roberto Gomes de Albuquerque Melo Júnior¹

1 INTRODUÇÃO

Devido à complexidade das relações socioeconômicas, pode-se afirmar que não há, em qualquer estado, uma tributação perfeita. Apesar dessa conclusão, tem-se buscado encontrar diretrizes que guiem os sistemas tributários de um país ao mais próximo do desejável, do "ótimo". Tal teorização vem se tornando cada vez mais verticalizada, havendo hoje fortes instrumentos pelos quais um elaborador de políticas tributárias pode se guiar, sendo que essa teorização sobre o que seria "ótimo" em termos de tributação recebe o título de **OptimalTaxationTheory**.

Dentre os objetivos da teoria da tributação ótima, é de se citar o respeito efetivo à capacidade econômica do contribuinte, a criação de instrumentos que previnam ou diminuam a existência de distorções fiscais prejudiciais à atividade econômica realizada pelo comerciante ou empresário, e mesmo a busca em se alcançar melhor redistribuição de riquezas entre diferentes setores da sociedade.

De outra parte, o legislador, quando edifica determinado regime jurídico e constrói os diversos instrumentos necessários à sua concretização (**Tax Design**), tem sempre como alicerce certas orientações políticas, que traduzem, em ampla medida, a conjuntura econômica do momento. Estas opções políticas encontram-se impreterivelmente presentes ao longo das características delimitadoras dos diferentes regimes jurídicos.

Sabe-se ainda que a atividade fiscal de governos influencia sobremaneira a economia, seja através da aplicação de recursos públicos pelo processo político e

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)



orçamentário, seja pela arrecadação desses recursos, principalmente por meio da atividade tributária.

Ampla literatura especializada estuda os impactos dos impostos sobre o nível de bem-estar de uma sociedade, sendo apresentados modelos teóricos e empíricos que indicam que a tributação pode causar muitas distorções na economia, afetando negativamente a eficiência econômica de uma sociedade. Essa perda de eficiência se traduz em queda de produtividade, que, em última instância, reduz o crescimento econômico.

O objetivo deste texto é, assim, realizar uma apresentação multidisciplinar de alguns dos trabalhos mais conhecidos sobre o tema da tributação ótima ao desenho das regras fiscais (**Tax Design**), de acordo com os interesses que se fazem sentir pela comunidade em determinado período, para se demonstrar, precisamente, que os elementos constitutivos de determinado sistema podem e devem ser redesenhados, para atingir os resultados desejáveis, não apenas sob o ponto de vista de resultados econômicos e melhoria do ambiente de negócios, mas principalmente na busca de maior equidade.

2 TAX DESIGN. AVALIANDO-SE UM SISTEMA TRIBUTÁRIO

Como se identificar um bom sistema de impostos? Uma alternativa é verificar a existência de determinadas características. Um dos primeiros autores a buscar certas propriedades desejáveis em um sistema tributário foi Adam Smith, (SMITH, 1996), que destacou quatro princípios:

- i. Os indivíduos devem contribuir para a receita do estado na proporção de suas capacidades de pagamento, ou seja, em proporção aos seus rendimentos;
- ii. O tributo a ser pago deve ser certo e não arbitrário, e o valor a ser pago e a forma de pagamentos devem ser claros e evidentes para o contribuinte;
- iii. Todo tributo deve ser arrecadado da maneira mais conveniente ao contribuinte; e



iv. Todo tributo deve ser arrecadado de forma que implique menor custo possível para o contribuinte, além do montante arrecadado pelo estado com o tributo.

De acordo com Siqueira et al. (In. AVARTE e BIDERMAN, 2004) a tributação ótima relaciona-se claramente com o primeiro e o último princípios. Seu objetivo é analisar como uma dada receita pode ser arrecadada pelo governo a um custo mínimo para a sociedade, considerando as diferenças existentes entre os contribuintes e a capacidade contributiva de cada um.

Ter um bom sistema tributário, para James Alm (ALM, 1996), significa manter uma carga tributária justa com um mínimo de distorções tributárias. Já Barry Elkin (ELKIN, 1989) destaca que equidade, eficiência e simplicidade são aspectos determinantes na avaliação de sistemas tributários. De acordo com o autor, equidade tem um aspecto horizontal (contribuintes com mesma capacidade devem pagar o mesmo imposto) e um vertical (contribuintes com maior capacidade de pagamento devem pagar mais imposto), enquanto a eficiência requer um sistema desenhado de modo a não distorcer decisões de produção, consumo, poupança ou investimento de indivíduos e empresas, ou seja, o sistema não deve provocar distorções nos agentes econômicos, e simplicidade é a característica de um sistema tributário claro, em que os contribuintes usem as regras sem incorrer em custos não razoáveis, bem como possam compreender as implicações tributárias de qualquer curso de ação. A simplicidade é imprescindível para facilitar a gestão tributária.

Sistemas tributários complexos podem gerar altos custos sociais para a sociedade. Sobre essa problemática, Joel Slemrod e Shlomo Yithaki (SLEMROD e YITHAKI, 1996), argumentam que custos sociais da tributação são gerados em função dos excess burdens, ou seja, custos administrativos e custos de conformidade suportados pela sociedade no processo de transferir poder de compra dos contribuintes para o governo. Tais custos incluem aprovar e administrar a legislação, custos involuntários de conformidade,



deadweightlosses² e gastos causados pelas atividades dos contribuintes no sentido de reduzir a carga tributária, como evasão, planejamento tributário e mudar para outras alternativas de consumo menos onerosas tributariamente, mas menos atrativas. Todos os fatores que afetam o custo social fazem parte de um modelo próprio dos custos de tributação, e afetam a estrutura dos sistemas tributários.

De outra parte, e ainda analisando as recomendações de Adam Smith, concordam Mirrlees et al. (Mirrlees et al., 2011) que suas diretrizes merecem um suporte quase universal, mas não são abrangentes o suficiente se se busca efeitos distributivos. Assim, apresentam os autores os objetivos de um sistema tributário para um determinado resultado distributivo:

- i. os efeitos negativos de um sistema tributário sobre o bem-estar e a eficiência econômica devem ser minimizados;
- ii. custos administrativos e de compliance: permanecendo-se níveis de arrecadação idênticos, é preferível um sistema tributário que custe menos para arrecadar;
- iii. justiça em um sentido além do fiscal. Por exemplo, equidade de procedimento, recusa de discriminações e equidade em relação às expectativas legítimas;
- iv. transparência - um sistema tributário que as pessoas possam entender é preferível a um que impõe regras de "sigilo".

² Explica Paulo Caliendo (CALIENDO, 2008) que a carga fiscal pode ofender a neutralidade do sistema e se constituir em um custo distorcivo do sistema de preços de uma determinada economia. Os agentes privados irão incluir, assim, entre suas variáveis na escolha de uma decisão econômica o peso da tributação. Exemplificativamente, uma empresa do Simples Nacional poderá deixar de faturar nos últimos meses do ano para não ter um faturamento incompatível com regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido previsto na Lei Complementar n.º 123, de 2006, e perder o Simples Nacional no próximo exercício.



Continuando, expõem Mirrlees et al. que os sistemas tributários simples, neutros e estáveis são mais propensos a alcançar esses resultados do que os sistemas complexos, não-neutros e com mudanças frequentes.

No entanto, a simplicidade, a neutralidade e a estabilidade são desejáveis porque promovem esses resultados finais, e não isoladamente.

Por outro lado, um bom sistema tributário não deverá apenas limitar os efeitos negativos sobre a eficiência. Será também um sistema que promova o bem-estar econômico ao lidar com externalidades que surgem quando indivíduos ou empresas não percebem os efeitos de suas ações sobre os outros. Tributos podem afetar esse comportamento alterando incentivos para certos tipos de comportamento, por exemplo quando determinada atividade poluente é tributada mais fortemente para reduzir a quantidade total de poluição.

Importante observar que as características indicadas por Mirrlees et al. a consideram dado um desejado resultado distributivo. Então, compreender um sistema tributário a partir de seu impacto na distribuição de renda (ou bem-estar) é claramente central. Esta é a restrição mais importante no design do sistema tributário apontada pelos autores, para então se verificar aspectos de eficiência, equidade e transparência, e outros efeitos positivos que um sistema tributário pode ter em corrigir falhas no mercado como externalidades.

3 TRIBUTAÇÃO ÓTIMA

O foco nesta seção é apontar os conceitos e definições utilizados pela teoria da tributação ótima, e sua relevância para a política fiscal. Será apresentada uma breve visão geral sobre o desenvolvimento da teoria e a evolução paralela dos sistemas fiscais na prática, apontando-se as características de um sistema tributário ótimo e analisando-se ainda alguns dos principais desafios que enfrenta a tributação ótima.



3.1 MARCOS DA TEORIA DA TRIBUTAÇÃO ÓTIMA

A teoria da tributação ótima (optimaltaxationtheory) surge como direcionamento teórico da política tributária pautado em contribuições da teoria econômica, mas também com atenção a elementos sociológicos, jurídicos e éticos ligados à criação de mecanismos que favoreçam a definição de um sistema tributário ótimo (tax design) e o aperfeiçoamento do sistema tributário vigente (taxreform) de acordo com determinados objetivos pré-determinados. Dentre esses objetivos, citam-se o respeito efetivo à capacidade econômica do contribuinte, à criação de instrumentos que previnam ou diminuam a existência de distorções fiscais prejudiciais à atividade econômica realizada pelo comerciante ou empresário, ou mesmo, objetivando alcançar melhor redistribuição de riquezas entre diferentes setores da sociedade.

Vale salientar, assim, que a teoria da tributação ótima segue duas grandes vertentes: o cálculo do imposto ótimo em um sistema tributário (tax design) e a teoria da reforma tributária (taxreform). No primeiro caso, analisa-se a passagem de um estado inicial em que não há imposto para um estado em que há tributação. Já a teoria da reforma tributária investiga a mudança do bem-estar social no contexto de variações de impostos com relação a uma estrutura de tributação existente. O número de informações necessárias para o cálculo do imposto ótimo é bem maior do que para a teoria da reforma tributária. O objetivo dessa última é encontrar um sistema tributário melhor do que o sistema vigente, enquanto o objetivo do cálculo do imposto ótimo é encontrar o melhor sistema tributário possível (RAY, 1997).

Logo, é de se perceber que a teoria da tributação ótima é mecanismo essencial para o amadurecimento de qualquer sistema tributário existente, nacional ou estrangeiro.^[1] Reconhece-se também que importantes esforços históricos (especialmente no campo da economia política) antecederam a perspectiva de estudos dedicados a elevar critérios de aperfeiçoamento de sistemas tributários.

Desde muito, autores estrangeiros vêm buscando encontrar diretrizes que guiem os sistemas tributários de um país ao mais próximo do desejável, do "ótimo".



Por óbvio, nenhum modelo pode ser aplicado indiscriminadamente a qualquer país e essa é, inclusive, uma conclusão importante da tributação ótima. Lida-se aqui com o paradoxo da generalização versus especialidade. Cada país tem suas especificidades políticas, jurídicas, econômicas, sociais e outras, as quais levarão a diferentes decisões tributárias. Apesar disso, a tributação ótima mostra que é possível traçar-se diretrizes e princípios que podem – e devem - ser aplicados de um modo quase geral.

3.1.1 ADAM SMITH E A RIQUEZA DAS NAÇÕES

Um dos primeiros autores a dissertar sobre os princípios ou máximas que deveriam ser seguidos em busca de um sistema tributário ótimo foi Adam Smith, em seu livro *A Riqueza das Nações* (1776). Mas mesmo anteriormente, economistas tem pensado e escrito sobre os efeitos da tributação. Fazendo tal, com frequência apresentou-se tentativas de descrever o que seria visto como características desejáveis de um sistema tributário (HEADY, 1993).

Adam Smith (SMITH, 1996) destacou quatro princípios, já vistos supra³. A primeira diretriz destacada por Smith demonstra ser essencial tributar na medida das “habilidades” de cada indivíduo, ou seja, na medida das receitas do Estado que ele aproveita. Devido à dificuldade que se tem de identificar as habilidades de cada indivíduo (MURPHY e NIGEL, 2002), faz-se opção por se tributar de acordo com as rendas que os indivíduos auferes, dos gastos que realizam e do patrimônio que possuem.

Segundo Smith, o primeiro princípio é determinante para a igualdade ou desigualdade da tributação. Em tributação ótima, tal diretriz é traduzida modernamente no sentido de que, o sistema, como um todo, para que seja justo, deverá ser progressivo.

A segunda máxima impõe que a tributação deva ser certa, e não arbitrária. É reflexo do princípio da segurança jurídica, que denota importância incontestável, haja vista seu

³Seção 1



papel de assegurar a estabilidade nas relações jurídico-tributárias. Deste modo, procura-se, por meio de normas, evitar que a tributação possa ser estendida indevidamente, evitar que, por seus interesses arrecadatários, o Estado possa se exceder.

Já fez Adam Smith alerta no século XVIII no sentido de que o desrespeito à segunda diretriz leva à insolência e à corrupção, esclarecendo que o Estado se arvora corruptamente e de forma insolente sobre a propriedade do cidadão, muitas vezes desrespeitando conscientemente direitos, sem transparência e com interpretações excessivamente extensivas; o cidadão, por sua vez, se sente acuado e age de forma insolente, procurando evitar ao máximo o pagamento de tributos, e até corrupta, deliberadamente sonegando-os.

O terceiro princípio determina que o momento do pagamento do tributo deva ser o melhor para o contribuinte. Nesse ponto, fundamental trazer o exemplo negativo das complexas substituições tributárias em nosso sistema, que antecipam em muito o momento do pagamento do tributo e ainda não permitem a devolução do que foi pago a maior em caso de a operação concreta ter uma base de cálculo menor do que a base de cálculo ficta.

A quarta diretriz impõe que seja retirado o mínimo de propriedade possível do cidadão, devendo ser levado o máximo desse mínimo para o Estado. Menciona Adam Smith quatro casos em que a propriedade retirada do cidadão não chega, de fato, ao Estado. A primeira delas refere-se à quantidade de servidores necessários à tributação e aos seus salários. Se for necessária uma grande quantidade de servidores para tributar e seus salários forem altos, o gasto do Estado irá de encontro com boa parte da propriedade que é retirada do cidadão, não fazendo, então, sentido retirá-la dessa forma.

O segundo exemplo citado por Adam Smith revela o típico efeito da tributação de desencorajar comportamentos, como desacelerar a indústria. Se a tributação é excessiva, ela desencoraja negócios, levando à geração menor de empregos e à diminuição da população consumidora. Com menos consumo, não há porque produzir e, se não há tanta produção, os preços tendem a aumentar. A economia é de uma complexidade tão grande



que pequenas medidas podem levar, por causalidade espiral, a consequências desastrosas ou milagrosas.

Se a tributação é excessiva, por outro lado, há dificuldade maior de comprar insumos e equipamentos, assim como os resultados são mais limitados. Deste modo, tributação em excesso diminui produção e, portanto, diminui arrecadação. É um paradoxo que precisa ser controlado.

O terceiro exemplo de tributação que pode surtir efeitos adversos é a pesada penalização daqueles que descumprem as obrigações fiscais. Novamente, fácil perceber que a realidade de nosso atual sistema tributário não observa esta diretriz. De fato, no Brasil multas completamente exorbitantes, aplicadas sobre o valor da operação e não do tributo devido, mesmo apesar de julgamentos do Supremo Tribunal Federal determinando que a multa não tenha valor maior do que o do tributo.

Por fim, o quarto exemplo diz respeito às fiscalizações sofridas pelos contribuintes, que, segundo Smith, apesar de não serem literalmente despesas, provocam um desconforto nos contribuintes semelhante ao causado por despesas efetivas. Relativamente ao sistema brasileiro, a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) levantou informações junto a 1.180 indústrias para mostrar que, em 2012, o setor gastou R\$ 24,6 bilhões com a burocracia tributária. Em média, essas empresas despenderam R\$ 16,3 bilhões com pessoal, R\$ 6,5 bilhões com obrigações acessórias e terceirização de serviços fiscais e R\$ 1,8 bilhão com disputas judiciais. De cada R\$ 1.000,00 desembolsados com o pagamento de impostos, gastaram mais R\$ 64,90 para atender as exigências burocráticas do fisco, afirmando Marcos Cintra que uma firma brasileira gasta 2.600 horas por ano para lidar com os impostos, sendo que o segundo colocado desse ranking é a Bolívia, com 1.080 horas (CINTRA, 2013).



3.1.2 FRANK RAMSEY E A CONTRIBUIÇÃO À TEORIA DA TRIBUTAÇÃO

Não há dúvidas dos inúmeros precursores da tributação ótima entre a obra de Adam Smith e o início do século XX, mas o texto seminal, do ponto de vista conceitual, e que é a origem do que se chama hoje de teoria da tributação ótima, é um pequeno artigo de um estudioso muito jovem, Frank Ramsey. Seu texto, *a contribution to the theory of taxation*, publicado em 1927, é considerado o marco inicial dessa teoria, quando se utilizou, pela primeira vez, de conhecimentos econômicos e matemáticos mais complexos para estudar os efeitos da tributação sobre a economia e chegar a conclusões marcantes.

Frank Plumpton Ramsey é um exemplo típico de um gênio precoce. Ramsey nasceu em 22 de fevereiro de 1903 em Cambridge, onde seu pai, Arthur Stanley Ramsey, também matemático, era o presidente do Magdalene College. Ele entrou no Winchester College em 1915 e depois retornou a Cambridge para estudar matemática no Trinity College. Ao estudar matemática no Trinity College, Ramsey tornou-se aluno de John Maynard Keynes. Em 1923, ele recebeu seu diploma de bacharel em matemática, passando seus exames com o resultado de primeira classe com distinção. Ramsey teve muitos interesses além de seu trabalho científico. No âmbito filosófico, ele foi o responsável pela primeira tradução para o inglês do *Tractatus Logico-Philosophicus*, de Ludwig Wittgenstein, tendo-a feito aos dezenove anos. Segundo se expõe, Ramsey teria aprendido o idioma alemão em menos de um ano (MELLOR, 1995). Mais tarde, Ramsey se tornou amigo de Wittgenstein e foi um dos responsáveis, juntamente com Keynes, pelo retorno do filósofo austríaco a Cambridge, após um período de desilusão com a Filosofia e de depressão.



O texto "*A Contribution to the Theory of Taxation*" foi publicado quando Ramsey tinha vinte e quatro anos, sendo que ele viria a falecer precocemente aos vinte e sete, deixando um legado extraordinário para o conhecimento humano⁴.

O modelo de Ramsey é bastante simples, se comparado aos modelos atuais. O modelo parte de uma questão proposta pelo professor de Ramsey, A. C. Pigou, da Universidade de Cambridge (BARBOSA e SIQUEIRA, 2001). Na verdade, Pigou já havia desenvolvido uma análise inicial sobre a teoria da tributação ótima (*pigouvian taxes*⁵), e propôs a Ramsey o seguinte problema: imagine que seja necessário aumentar uma dada receita por meio de tributos proporcionais sobre commodities, podendo ser utilizadas diferentes alíquotas sobre eles. Como essas alíquotas deveriam ser ajustadas para que gerem o mínimo decréscimo de utilidade?

Ora, uma das funções da Economia é estudar o problema da escassez dos meios de produção e compreender como, frente à necessidade de consumo, é possível alocar produtos numa medida que seja possível manter a satisfação dessas necessidades. Há, de um lado, ilimitados desejos humanos e, de outro, limitadas e escassas fontes. Por detrás das leis de oferta e demanda, está o conceito de utilidade, que explica como os indivíduos e economias objetivam ganhar uma satisfação ótima frente ao problema da escassez. Utilidade, assim, é o conceito econômico atribuído à satisfação pelo consumo de bens ou serviços.

⁴ Lógica matemática, filosofia e economia. As universidades de Harvard e Cambridge oferecem, nos cursos de economia, uma *Frank Ramsey Professorship*.

⁵ Uma taxa pigouviana (também conhecida por imposto pigouviano) é um tributo aplicado a uma atividade de mercado que esteja gerando negativas externalidades (custos a alguém que não seja a pessoa a quem o tributo é imposto). A taxa destina-se a corrigir uma ineficiência *outcome* de mercado, e o faz ao ser posta equalitária ao custo social das externalidades negativas. Na presença de externalidades negativas, o custo social de uma atividade de mercado não é coberto pelo custo privado da atividade. Nesse caso, o *outcome* de mercado eficiente pode levar a excesso de consumo do produto. Um exemplo frequentemente citado de tal externalidade é a poluição ambiental.



No caso da tributação, todo aumento de tributo gera mudanças de comportamento, afetando diretamente oferta e demanda. Ramsey demonstra, matematicamente e economicamente, que todo pequeno aumento de tributo gera, como consequência, uma redução da produção na sua mesma proporção.

A final, Frank Plumpton Ramsey demonstrou que é quase certo, em se tratando de pequenos aumentos de tributos, que o aumento do tributo sobre um commodity é inversamente proporcional à produção dele. Em síntese, quanto maior o tributo, mais caro o produto fica e a tendência de que deixe de ser consumido é maior. Se a demanda cai, razões econômicas esclarecem que não há porque ter tanta oferta e, assim, produz-se menos.

Continuando, expõe Ramsey que, para não ter modificações nas proporções de produção dos bens, a tributação deveria ser maior sobre aqueles com menor elasticidade de oferta e demanda. É dizer, produtos mais básicos, que serão consumidos de qualquer modo, deveriam ser tributados com alíquotas maiores, enquanto que produtos com grande elasticidade, que podem ser substituídos facilmente por outros ou que são mais supérfluos, deveriam ter tributação menor para que a produção não fosse tão afetada.

Como se nota, para efeitos de equidade, a teoria de Ramsey não tem aplicação. Aplicando-se suas conclusões, produtos básicos seriam mais tributados do que supérfluos. Isso explica porque a Economia precisa cada vez mais lidar com a paradoxalidade existente entre eficiência e equidade. A tributação, como atividade que afeta profundamente a macroeconomia, deve ser guiada por esse pensamento complexo, que tenta comportar eficiente produção com eficiente redistribuição de renda.

Não se pode deixar de destacar que, até pelo momento em que foi produzido, o modelo de Ramsey estava pautado numa visão econômica mais clássica, focada apenas na questão da eficiência, sem preocupações com o problema da equidade - que é fundamental, em especial em nosso país. No entanto, seu estudo foi capaz de estimular a reflexão sobre a conclusão de que tributar gera receita para o Estado, mas também gera



redução de produção (oferta) e demanda, que, por sua vez, gera redução de tributação para o Estado e redução do número de empregos.

3.1.3 PETER DIAMOND E JAMES MIRRLEES - TRIBUTAÇÃO ÓTIMA E PRODUÇÃO: EFICIÊNCIA E PRODUÇÃO; E TRIBUTAÇÃO ÓTIMA E PRODUÇÃO: REGRAS DE TRIBUTAÇÃO

A contribuição de Ramsey manteve-se, de certo modo, inativa por alguns anos, até os textos publicados em 1971 por Peter Arthur Diamond e James Alexander Mirrlees, que são considerados, pela maioria dos autores que tratam da tributação ótima, os mais marcantes desenvolvimentos desde Frank Ramsey.

Diamond e Mirrlees conseguiram avançar em relação à equação linear de Ramsey, criando um teorema consubstanciado numa complexa equação não-linear, na qual procuram o estabelecimento de tributos sobre a renda e sobre commodities, que gerem o mínimo de perda de eficiência na produção, mas que também possibilitem uma boa redistribuição de propriedade e, conseqüentemente, uma redução da desigualdade. Tributação e produção funcionam como dois lados de uma moeda que têm um objetivo comum: o bem-estar.

Os dois economistas procuraram desenvolver o modelo de Ramsey, não ficando focados unicamente na questão da eficiência da produção, mas também na redistribuição da renda na sociedade.

Diamond e Mirrlees partem do pressuposto de que a sociedade tem certa intolerância à desigualdade. Esse pressuposto, firmado em um trabalho publicado no ano de 1971, vem sendo utilizado nos trabalhos posteriores da tributação ótima.

Como se trata de um paradoxo, o operador de políticas tributárias está sempre procurando um equilíbrio entre equidade e eficiência. Esse foi exatamente o objetivo de Diamond e Mirrlees. O trabalho de Ramsey focou exclusivamente na eficiência da



produção, na redução de distorções pela tributação sobre o consumo com base na elasticidade da oferta e demanda.

Para seguir a linha da redistributividade, é preciso tributar mais aqueles com mais renda, conclusão à qual Adam Smith apresentou em 1776. Diamond e Mirrlees partiram da ideia de que o sujeito com renda alta tem, também, um grau de aceitabilidade maior de contribuição para o bem-estar social.

Se todos precisam contribuir financeiramente para que o Estado possa gastar esse dinheiro em serviços públicos de qualidade e programas sociais, de modo a conferir um mínimo essencial às parcelas mais carente, aqueles com renda mais alta podem contribuir mais do que os indivíduos menos favorecidos, que possuem grandes limitações. A partir daí pode ser também construída a noção de seletividade dos tributos sobre o consumo, ou seja, bens mais básicos, que são consumidos por qualquer cidadão, sobretudo aqueles consumidos pelos menos favorecidos, deveriam ter uma tributação menor do que os bens mais supérfluos, sobretudo aqueles consumidos pelos mais ricos.

O estudo seminal de Diamond e Mirrlees trouxe conclusões e proposições importantíssimas tanto para a teoria da tributação ótima como para não somente para a teoria econômica de um modo geral. Como colocado pelos próprios autores, à época, a economia do bem-estar se focava na obtenção dos melhores resultados possíveis de se atingir levando em consideração exclusivamente as barreiras tecnológicas. No entanto, várias outras variáveis atuam sobre a economia, como de comunicação, cálculo, administração da economia e política. E tais variáveis determinam as decisões que serão tomadas em termos de política econômica e precisam, portanto, ser consideradas em estudos de teoria econômica, não sendo diferente com as análises de política tributária. Assim, já em 1971 Diamond e Mirrlees proclamavam a importância de um estudo transdisciplinar da tributação, concluindo no sentido de que os sistemas tributários mais modernos devem adotar um grupo de possíveis medidas, e não somente uma única medida correta. No trabalho de Diamond e Mirrlees, pela preocupação com o bem-estar social, juntamente com a preocupação inicial de Ramsey acerca da eficiência produtiva,



foram agregados outros tributos, para efeito de constituir uma política tributária considerada ótima.

4 O QUE É UM SISTEMA TRIBUTÁRIO ÓTIMO

Como visto, a teoria da tributação ótima possui como objetivo oferecer sugestões de ordem qualitativa que sejam consideradas como marcos de orientação por ocasião da concepção e da implantação de sistemas tributários ótimos (*tax design*) ou da alteração de sistemas tributários já existentes (*taxreform*).

Por esse motivo, examina a tributação ótima um sistema tributário de acordo também com suas funções econômica — de influir na alocação dos recursos para a produção de bens e serviços — e redistributiva — de afetar a distribuição da renda entre os indivíduos.

Mas, o que se deve entender como “ótimo”? De um ponto de vista meramente econômico, em tributação o ideal seria recorrer a impostos não distorcivos. Ora, a tributação consiste na transferência compulsória de recursos do setor privado para o setor público. É uma exceção ao direito de propriedade, na visão clássica.

A tributação, dessa forma, acaba interferindo no comportamento das pessoas, seja no montante a ser consumido ou investido, seja nas horas a serem trabalhadas. Também interfere nas decisões das empresas, como em contratações, quantidade a ser produzida ou mesmo em suas estruturas societárias.

Essa natureza dos tributos acaba gerando distorções na economia, ou seja, afetando-o negativamente, inibindo determinadas ações que poderiam ser positivas em termos econômicos. Essa é a razão pela qual pesquisadores da área econômica buscam alternativas aos sistemas tributários atuais, de forma que o tributo tenha um menor impacto na economia.

Uma destas alternativas seria a utilização de *lump sum taxes*, isto é, impostos fixos per capita independentes da receita. Consequentemente, tais tipos de impostos não



interfeririam nas decisões de mercado, não ocasionando distorções. Como tais tributos são ideais, torna-se inevitável recorrer a impostos que ocasionam distorções na economia. Por isso, a teoria da tributação ótima considera a tributação ótima como a tributação do “segundo melhor” (*secondbest*), em detrimento de uma primeira opção (ideal), já reconhecendo que a tributação ótima e completamente não distorciva é ideal, absolutamente utópica.

Logo, o termo ótimo na *optimaltaxation* deve ser entendido como um ótimo de segundo melhor, ou seja, o melhor resultado possível dado que impostos distorcivos devem ser inevitavelmente utilizados em razão da impossibilidade de se recorrer a impostos *lump sum*. Isso significa que a teoria da tributação ótima deve estar inerentemente preocupada com questões de equidade e eficiência, simultaneamente.

Assim, a partir da experiência econômica estrangeira, identifica-se cinco requisitos para a configuração do tributo ótimo pela Análise Econômica da Tributação (CARVALHO, 2002):

- i. Grande base de contribuintes (quando maior a base, mais viável é o estabelecimento de alíquotas menores);
- ii. Regras simples e objetivas (visando evitar ou diminuir os “custos de conformidade”, que implicam em “custos de transação”);
- iii. Incidência sobre produtos e serviços de demanda inelástica (de baixa sensibilidade dos consumidores à alteração de preços, favorecendo equilíbrio entre oferta e demanda e evitando o chamado “peso morto” ou ineficiência alocativa);
- iv. Ser justo (não violando a isonomia); e
- v. Ter baixo custo administrativo (onde o Estado ou administração gastem o mínimo possível para administrar o tributo).

Portanto, um sistema tributário ótimo é aquele que procura equilibrar progressividade e eficiência a partir de um sistema neutro, simples e estável, e que resulte num sistema mais justo, do ponto de vista econômico e social, mais racional ou mais



eficiente, não inviabilizando, por outro lado, a atividade empresarial nacional, através de tributos que possuam grande base de contribuintes e cujos sistemas de arrecadação possuem o mínimo custo para a administração tributária e contribuintes.

REFERÊNCIAS

ALM, J. What is an "optimal" tax system? **National Tax Journal**, Washington, v. XLIX, n. 1, p. 117-133, 1996.

BARBOSA, A. L. H.; SIQUEIRA, R. B. **Imposto ótimo sobre o consumo**: resenha da teoria e uma aplicação ao caso brasileiro. Rio de Janeiro: IPEA, 2001

CALIENDO, P. **Direito tributário e análise econômica do direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009

CARVALHO, Cristiano. Análise econômica da tributação. In: **Direito e Economia no Brasil**. TIMM, L. B. (Org). São Paulo: Atlas, 2012

CINTRA, M. **Cacofonia tributária**. Disponível em: <<https://www.brasil247.com/pt/247/artigos/117553/Cacofonia-tribut%C3%A1ria.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

ELKIN Barry. Auditing tax expenditures, or spending through the tax system. **International Journal of Government Auditing**, Washington, v. 16, n. 1, p. 7-16, Jan. 1989.

HEADY, C. Optimal taxation as a guide to tax policy: a survey. **Fiscal studies**, vol. 14, n. 1, pp. 15-41, 1993^[1]_[SEP]

MIRRLEES, J. et. al. **Tax by design**. Oxford: Oxford University Press, 2011

MURPHY, L.; NAGEL, T. **The myth of ownership: taxes and justice**. New York: Oxford University Press, 2002

RAY, R. Issues in the design and reform of commodity taxes: analytical results and empirical evidence. **Journal of Economic Surveys**, v. 11, n. 4, p. 353-388, 1997.

SIQUEIRA, Rozane Bezerra de. NOGUEIRA, José Ricardo. BARBOSA, Ana Luiza de Holanda. Teoria da tributação ótima. In: Ciro Biderman e Paulo Avarte. (Org.). **Economia do Setor Público no Brasil**. São Paulo: Campus, 2005

SLEMROD, Joel; YITHAKI, Shlomo. The costs of taxation and the marginal efficiency cost of funds. **International Monetary Fund. Staff Papers** – International Monetary Fund, v. 43, n. 1, p. 172-199, Mar. 1996.

SMITH, A. **A riqueza das nações**. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1996.

.....

DIREITO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL





A ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA, SEUS “NOMES” E A LISTA SUJA:

(IM)PACTOS E RETROCESSOS

.....
Anne Gabriele Alves Guimarães¹

1 INTRODUÇÃO

Apesar dos intermináveis ataques sofridos pelos trabalhadores nos últimos tempos, o trabalho continua no centro da sociabilidade contemporânea. O capital, por sua vez, precisa deste trabalho de forma que não é possível pensar num processo produtivo capitalista sem os sujeitos reais de produção, os trabalhadores.

Diz-se que a crise do padrão de acumulação taylorista/fordista, a partir dos anos 1970, ocasionou a reorganização do capital, objetivando retomar o excedente de recursos posteriores ao fim da Segunda Guerra Mundial. O receituário neoliberal adotado para driblar a crise não surtiu, porém, os efeitos esperados.

Como consequências nefastas dos modelos alternativos ao binômio taylorismo/fordismo, há o trabalho precário, desemprego, aumento da jornada de trabalho e a destruição da natureza. Para os fins do presente trabalho, passa-se a analisar, dentro do contexto ultraliberalista, a interpretação do conceito de trabalho análogo ao escravo no Brasil à luz do trabalho decente. Em um segundo momento, propõe-se a investigação da chamada lista suja da escravidão contemporânea como forma de boicote e combate a tal prática degradante. A metodologia é qualitativa, com viés exploratório e descritivo.

O objetivo, portanto, é contextualizar o tema levando em consideração como o Estado brasileiro tem prescrito e tentado efetivar formas de controle da exploração do

¹ Graduanda em Direito pela Universidade de Pernambuco – UPE Arcoverde. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito do trabalho e os dilemas da sociedade contemporânea. E-mail: annegabrielebj@hotmail.com.



trabalho análogo ao escravo segundo a tutela da dignidade do trabalhador e dos direitos humanos laborais. Neste sentido, a lista suja, tomada como objeto da pesquisa, é vista como instrumento de gerenciamento de risco para a atividade financeira.

Constitui uma das principais ferramentas de repressão a tal prática indigna e as polêmicas em torno dela, incluindo a mais recente sobre a Portaria, publicada no dia 16 de outubro pelo Ministério do Trabalho, revelam que este instrumento exerce forte pressão sobre o mercado, este último responsável pela supremacia do trabalho vendido, separado da vida, à serviço da produção e do excedente capitalista.

A lista suja e seus boicotes demonstram ainda que todas as necessidades sociais, aqui leia-se o próprio dever de transparência por parte do Estado, estão subordinadas à expansão do capital, alijando a capacidade de resistência e insurgência social.

2 TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO NO CONTEXTO BRASILEIRO: UM CONTRAPONTO AO TRABALHO DECENTE

Em linhas gerais, a escravidão durou cerca de 400 anos no Brasil. O país passou por profundas mudanças econômicas, sociais e políticas na segunda metade do século XIX, as quais contribuíram para o fim do escravismo em diversas regiões. Foram os interesses econômicos ligados à escravidão que permitiram a sua continuidade, sendo eles também os responsáveis por sua extinção. Fatores como a lógica do capitalismo na compra da força de trabalho livre e a escassez de cativos a partir da efetiva abolição do tráfico de escravos culminaram para o fim da escravidão clássica (CONFORTI, 2017).

Ainda neste ponto, Arendt (2000) cita a degradação do escravo como um duro golpe do destino, um fado pior que a própria morte, pois significa a transformação do homem em algo semelhante a um animal doméstico, condição inadmissível a um ser humano.

A escravidão contemporânea, por sua vez, envolve situações muito mais complexas do que a mera coação física ou a restrição direta da liberdade de ir e vir, ao englobar:



aliciamento, migração, endividamento, excesso de jornada, ausência de pagamentos e de condições dignas de trabalho, em decorrência de miséria, escassez de oportunidades de trabalho e ausência de políticas públicas.

Uma das explicações para o recorrente desrespeito pelos direitos mínimos do empregado está na passagem da antiga sociedade agrária para a urbana, marcada por desigualdades, o que acabou por determinar a exclusão dos negros do mercado de trabalho. Estavam libertos, porém entregues à própria sorte. Não houve preocupação com educação, formas de subsistência ou moradia. O interesse estava na substituição da mão-de-obra escrava pela trabalhadora (trabalhador supostamente livre).

Assim sendo, Andrade (2012, p.46):

Quando procuro enfatizar que o capitalismo nascente colocou o trabalho escravo/servil diante do trabalho livre/subordinado, é para esclarecer que ele o fez para esconder o trabalho propriamente livre e para também incorporar este último à sua dinâmica, ou seja, transformar o trabalho livre em trabalho subordinado. Para consumir esse objetivo ele precisava criar ideologicamente a “cultura do trabalho livre/subordinado”. Mas, se o trabalho propriamente livre seria um obstáculo à dinâmica das forças produtivas, o que fazer com ele, como desqualificá-lo? Caracterizá-lo, enquadrá-lo no conceito de preguiça, de vagabundagem e, por consequência, descrevê-lo legislativamente, nas leis penais, como crime.

Como o lucro é extraído do trabalho, este último é vítima necessária e preferencial das ofensivas do capital sobre os meios indesejados à sua reprodução. Atributos indesejáveis à reprodução do capital, que acompanhem o trabalho, são sempre atacados, desde os primórdios do capitalismo. Se por um lado, o capital usa de todas as armas para extrair o máximo da riqueza social e despender o mínimo, por outro, o trabalho pode se submeter a quase qualquer situação no bojo da relação, pois, como já indicado, depende da venda da sua força para sobreviver (SALES; FILGUEIRAS, 2013).

O resultado dessa combinação é que, dada a compulsão do capital e a “liberdade” do trabalho, não há um limite ínsito às condições de venda e uso da força de trabalho (assalariamento). O Direito do Trabalho, na teoria social crítica, desconfia da “liberdade” do contrato.



A desconfiança acontece, entre outros motivos que não coadunam com o objetivo da pesquisa, porque o trabalho análogo ao escravo é uma realidade mundial, encontrado inclusive nos países desenvolvidos como Estados Unidos e França, e que se relaciona a movimentos migratórios e ao tráfico de seres humanos (MARTINS, 2002).

Através de tal prática, segundo Pereira (2014, p. 8):

A pessoa em condição de escravidão é tratada, em uma perspectiva econômica, como um bem de consumo, porque se degrada na medida em que é utilizada, e como um bem de capital, porque por meio dela se produzem outros bens.

Tecidas as devidas considerações, o contraponto aqui estabelecido reside no trabalho decente enquanto sedimentado nas Convenções Internacionais sobre direitos humanos. A Declaração da Organização Internacional do Trabalho de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho contempla a eliminação de todas as formas de trabalho forçado e obrigatório.

Ainda nesta ótica, Brito Filho (2006) entende que a dignidade da pessoa humana é o parâmetro para fixar o que outrora intitulamos direitos mínimos do trabalhador ou direitos mínimos correspondentes ao trabalho decente, extraídos do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas e das Convenções Fundamentais da Organização Internacional do Trabalho.

O trabalho decente, ao contrário da posição aviltante do trabalho análogo ao de escravo, preserva a saúde, segurança, liberdade sindical e a remuneração justa, emancipando o trabalhador e suas capacidades laborais.

Os direitos humanos trabalhistas, portanto, devem ser observados como parâmetro na elaboração, interpretação e aplicação das normas, bem como no combate às práticas de escravidão contemporânea. Significa que as políticas públicas devem ser orientadas para a expansão dos direitos fundamentais (jurisdição interna) do trabalho inerentes à pessoa humana.



3 LISTA SUJA DA ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA: (IM)PACTOS E RETROCESSOS

O Brasil - último país do mundo a abolir a escravidão clássica - foi, em 1995, um dos primeiros países a reconhecer, perante a OIT, a existência de trabalho análogo ao escravo em seu território.

No governo Lula, em 2003, um importante meio de combate ao trabalho escravo contemporâneo, surgido do Pacto Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, foi a lista suja. Seu escopo é divulgar nomes das empresas brasileiras autuadas através de operações móveis do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) por fazer uso de condições laborais degradantes. As autuações precisam ser confirmadas por processo administrativo, assegurados a ampla defesa e o contraditório. As infrações são comunicadas à Polícia Federal, Ministério Público Federal, Advocacia Geral da União e Ministério Público do Trabalho.

Por ser um instrumento de gerenciamento de risco para a atividade econômica, a lista suja deve ser utilizada por bancos públicos ou privados e indústrias nacionais ou até multinacionais como uma espécie de boicote ou represália no que tange a negativa de créditos e empréstimos, exercendo forte pressão sobre o mercado.

Justamente por tentar romper com o que Antunes (1999, p. 23) chama de "sistema de metabolismo social do capital", ao exercer forte pressão sobre o mercado, a lista sempre foi alvo de inúmeras polêmicas, o que envolve uma ação direta de inconstitucionalidade protocolada pela Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (Abrainc) em 2014, cujo argumento foi acolhido, culminando na suspensão de sua divulgação. Uma nova instrução normativa, desta vez de 2016, fez com que o governo alterasse as regras: à época seriam duas listas, a mais "leve" para quem se comprometesse a reparar danos e melhorar práticas e uma mais "dura", impeditiva de financiamentos.

Num verdadeiro vaivém processual, a ministra Cármen Lúcia liberou, neste mesmo ano, a lista suja, entretanto o Ministério Público do Trabalho precisou mover uma ação civil



pública para obrigar o governo a divulgá-la. Houve recurso e, mais uma vez, as liminares autorizadoras da publicação foram cassadas.

A lista constitui umas das principais ferramentas de repressão ao trabalho análogo ao de escravo, que continua fazendo milhares de vítimas devido a hegemonia do sistema capitalista, bem como a legitimação e universalização dos seus ideais, associado ao desemprego estrutural e a terceirização irrestrita, recentemente aprovada.

A despeito das críticas acerca da constitucionalidade, assevera Marçal (2011, p.44):

Entende-se ser a lista suja, medida verdadeiramente constitucional adotada sem violação alguma ao ordenamento jurídico brasileiro, pois respeita e segue os maiores valores e princípios constitucionais fundamentais de valorização da dignidade da pessoa humana e do trabalho.

Não tornar pública a lista suja evidencia a violação do dever de transparência por parte do Estado, assim como alija a capacidade de resistência e insurgência social. Na seara das cadeias produtivas, percebe-se que a utilização do trabalho escravo contemporâneo, sobretudo em jornadas exaustivas e condições degradantes, é uma realidade, porém a punição não funciona.

Retornando a Antunes (1999), o metabolismo social do capital sempre vai subordinar o valor de uso ao valor de troca das mercadorias, agilizando o ciclo reprodutivo do capital, sendo este um “dos principais mecanismos graças ao qual o capital vem atingindo seu incomensurável crescimento ao longo da história” (ANTUNES, 1999, p.26).

A lista suja, de acordo com o escopo deste trabalho, adequa os anseios da humanidade ao dinamismo dos fatos e insere a dignidade da pessoa humana em uma constante construção no tempo e no espaço, divulgando e exigindo respostas contextualizadas aos desafios presentes.

Outra saída interessante é a prática do boicote: o mesmo modelo que induz o trabalho escravo e precarizado acaba fornecendo instrumentos para o seu combate. A imagem da empresa, boa ou má, contamina o produto que ela fabrica e – por extensão – o



próprio cidadão que o consome. Prioriza-se o valor da imagem da marca e do produto perante o consumidor (VIANA, 2007).

4 PORTARIA POLÊMICA

Uma portaria publicada pelo governo, dia 16 de outubro deste ano, estabelecia que a divulgação da lista suja dependeria de uma "determinação expressa do Ministro do Trabalho". A nova portaria também alterava as regras para a inclusão de nomes de pessoas e empresas na lista suja de trabalho escravo

Por entender que a **portaria do Ministério do Trabalho** fere a Constituição, além dos acordos internacionais celebrados pelo Brasil, a ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, **suspendeu** os efeitos da norma.

Em seu entendimento, as alterações feitas configuram um quadro de aparente retrocesso no campo da fiscalização e combate ao trabalho escravo, de modo a dificultar a política pública de erradicação ao trabalho escravo.

A ministra criticou também o trecho que trata da lista suja. Segundo a norma ministerial, a inscrição do empregador no Cadastro de Empregadores fica a cargo do Ministro do Trabalho. Para Weber, a exigência de ato prévio do Ministro do Trabalho para inclusão do empregador na lista é uma medida que limita e enfraquece as ações de fiscalização.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As crises cíclicas de que padece o sistema capitalista potencializam cada vez mais a precarização das condições de trabalho com o objetivo precípua de aumentar a lucratividade da produção. A dualização do assalariado, o *dumping* social e a dialética da colonização tornam cada vez mais difícil apontar os responsáveis e quais são, de fato, os "usuários" deste tipo de mão de obra.



Diante deste cenário, acredita-se que uma grande aliada continua a ser a divulgação, com a esperança de que, na prática, ela se torne um desestímulo para quem utiliza o trabalho escravo. Quanto mais visibilidade à causa e mais informação a respeito dos usuários desta mão-de-obra, maiores serão as consequências negativas para eles.

A gestão Temer, neste íterim, ainda continua relutante e retrógrada notadamente pela influência da bancada ruralista do Congresso Nacional, que questiona o conceito atribuído ao “trabalho análogo ao de escravo” e a exposição desagradável das marcas. Na verdade, o objetivo é reduzir este conceito e aniquilar de uma vez por todas a dignidade humana e os potenciais do trabalhador.

A cada ano pioram as condições de trabalho, aumenta a exploração, entretanto caem os números de denúncias e condenações. Como entender este binômio? As “soluções” apresentadas sempre se propõem a resolver as tensões sociais e os problemas da economia a partir do enfraquecimento dos direitos da classe-que-vive-do-trabalho, promovendo verdadeiro retrocesso social (ANTUNES, 1999).

A sociedade e o Estado de Direito preferem ignorar os direitos humanos em detrimento dos índices da economia e da “liberdade” de mercado. A elaboração de políticas públicas de enfrentamento à escravidão, por sua vez, ao culminar na lista suja, tenta coibir degradações aos direitos laborais. O boicote, conforme já visto, também é uma alternativa eficaz no campo para-jurídico, especialmente quando se discute o trabalho decente.

A interpretação no sentido de defender a constitucionalidade da lista suja e conferir maior eficácia e efetividade às referidas posições jurídicas na seara trabalhista não só possibilitam a tutela mais adequada do trabalhador como também evidenciam o dever de transparência do Estado, responsável por fiscalizar mas também divulgar quem faz uso de mão-de-obra escrava, resguardando contraditório e ampla defesa.



REFERÊNCIAS

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. O Direito do Trabalho na Filosofia e na Teoria Social Crítica. Os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações. **Rev. TST**, Brasília, v. 78, n. 3, jul./set. 2012.

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho** – ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 1999.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do trabalho decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. In: VELLOSO, Gabriel *et al.* (coord.). **Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação**. São Paulo: LTr, 2006. p. 126-127.

CONFORTI, Luciana Paula. **A interpretação do conceito de trabalho análogo ao escravo no Brasil: o trabalho digno sob o prisma da subjetividade e a consciência legal dos trabalhadores**, 2017. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/hots52m3>>. Acesso em: 27 out. 2017

MARÇAL, Liliam Regina Martins. **O trabalho escravo no Brasil e a lista suja do Ministério do Trabalho e Emprego**. Brasília, 2011. 62 f. Monografia (Especialização em Direito e Processo do Trabalho) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2011.

MARTINS, J. S. **A sociedade vista do abismo: novos estudos sobre exclusão, pobreza e classes sociais**. Petrópolis: Vozes, 2002.

PEREIRA, Marcela Andresa Semeghini. O trabalho análogo ao escravo e os fundamentos da ordem econômica. **Revista Publius**, v.1, n.1, jan./jun. 2014.

SALES, Jeane; FILGUEIRAS, Vitor Araújo. Trabalho análogo ao escravo no Brasil: natureza do fenômeno e regulação. **Revista da ABET**, v. 12, n. 2, jul./dez. 2013.

VIANA, Márcio Túlio. Da greve ao boicote: os vários significados e as novas possibilidades das lutas operárias. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, nº 50, p. 239-264, jan. – jul., 2007.

.....



A NOVA TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO:

LEGITIMAÇÃO DA PRECARIZAÇÃO E AUMENTO DA ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA

.....

Jadeira Cunha Ribeiro¹

Isabele Bandeira de Moraes D'Angelo²

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar as consequências sociais trazidas pela terceirização para o campo do Direito do Trabalho Tradicional: a escolha pelo empregador por esta modalidade de contratação, o contexto histórico de avanços e retrocessos deste campo com a atual realidade social, contribuições para o Direito do Trabalho e os resultados da precarização para o trabalhador.

Pretendemos verificar como a terceirização foi realizada da modernidade aos dias atuais, onde as noções de sobrecarga de trabalho já eram visíveis, caracterizando uma relação de fragilidade para o trabalhador. Verificaremos a decadência dos direitos trabalhistas que esta modalidade de trabalho trouxe para o cenário laboral e as novas modalidades de trabalho escravo.

Para a realização deste trabalho utilizou-se de pesquisas bibliográficas, leituras de artigos, jornais, textos extraídos da internet. Diante do exposto, entende-se que a terceirização é um método utilizado pelos empregadores para obterem mais lucro e aumentar a competitividade. Tem como uma das principais consequências a precarização das condições laborais dos cooperadores, isto é, são destinados para esta modalidade de

¹ Graduanda em Direito – Pesquisadora pelo PIBIC. Centro Universitário Maurício de Nassau. Jade.cunha@hotmail.com.

² Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora Adjunta da Universidade de Pernambuco – UPE, professora da UNINASSAU, professora substituta da Universidade Federal de Pernambuco. Líder do Grupo de Pesquisa de Direito do Trabalho e os Dilemas da Sociedade Contemporânea.belebm@hotmail.com.



emprego menores salários em relação aos funcionários quando são contratados diretamente pelas empresas, bem como muitos benefícios que são suprimidos.

Por fim, as autoras irão propor uma releitura do princípio da proteção ao trabalhador, tendo em vista ser o trabalhador ser a parte mais significativa em todas as modalidades de vínculo empregatício, seja terceirizado, seja contratado direto; para com isto levar o empregador a refletir que sem a mão de obra do operário a empresa não obtém os resultados esperados, por isso faz-se necessário destinar a proteção adequada para tal.

2 O TRABALHO SUBORDINADO NA HISTÓRIA

2.1 NO PERÍODO DA REVOLUÇÃO FRANCESA

A história do Direito do trabalho sempre esteve associada com a ideia de subordinação, isto se observa desde a Revolução Francesa, período marcado por lutas das classes trabalhadoras pela conquista de melhores condições de trabalho, naquele período já ocorria a prestação de serviços pelos trabalhadores em condições de escravos, os mesmos eram obrigados a trabalhar por longas horas, recebendo como salário: castigos físicos, péssimas condições de higiene, sem direito a habitação digna e outras condições necessárias naquela época para o trabalhador, recebiam tudo, menos salário. Nem eram considerados sujeitos de direitos, mas sim, objetos. Já dizia Godinho (2012, P.86): "Ora, a existência do trabalho livre é pressuposto histórico-material do surgimento do trabalho subordinado".

A Revolução francesa trouxe consigo os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, embora esta época tenha sido marcada pela ideia de liberdade contratual, nela o senhor ditava as regras do contrato de trabalho, restando ao servo a subordinação, os trabalhadores camponeses contribuíam de forma efetiva para o enriquecimento de seus senhores, os quais lhe retribuía com pouca remuneração e sem a regulamentação do direito do trabalho esperado. Longe estava à vivência dos princípios



ditados nesta época, almejava-se o reconhecimento de aplicação dos direitos trabalhistas, ao contrário da ideia das corporações de ofício, onde os senhores ditavam as regras e aos servos, restava obedecer. (...) Coube à Revolução Francesa colocar a relação jurídica entre empregado e empregador na categoria de locação de serviços, com o princípio da liberdade contratual e a supressão das corporações de ofício (NASCIMENTO, 1976, p 275).

Assim, para o mundo do trabalho que se desenvolve sob a subordinação, seja da necessidade ou dos desígnios de um patrão constitui a mais inferior das atividades humanas, assevera esta senda Sérgio Pinto Martins:

Subordinação é o estudo de sujeição em que se coloca o empregado em relação ao empregador, aguardando ou executando suas ordens. O poder de direção representa o aspecto ativo da relação de empregado, enquanto o aspecto passivo é a subordinação. O trabalhador empregado é dirigido por outrem: o empregador (p.149, 2002).

Amauri Mascaro Nascimento, ainda, confirma que: "Subordinação é uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia da sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará" (p.212, 2011).

Em resumo, o trabalho subordinado constitui-se uma das formas mais inferiores de trabalho, só se sobressaindo ao trabalho escravo, no qual os servos são obrigados a cumprirem ordens dos seus senhores, sem nenhuma das garantias de proteção ao trabalhador, até porque nem são considerados trabalhadores, mas sim, servos.

2.2 NA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

Na Revolução Industrial temos a transformação do trabalho em emprego. Os trabalhadores, de forma ampla, passaram a trabalhar por salários. Com esta mudança, houve uma modificação cultural a ser absorvida e a antiga a ser esquecida. A princípio o contrato de trabalho era celebrado mediante a liberdade entre as partes, contudo era saliente que o empregador era o senhor do trabalhador, constata-se que os empregadores



agiam de forma livre em relação ao contrato de trabalho, sem considerar os princípios de igualdade, liberdade e fraternidade já consagrados, os empregadores contribuía com o desenvolvimento econômico das vilas, contratando os trabalhadores que enquanto não possuíam renda para garantir a sobrevivência, sobreviviam das manutenções garantidas pelas paróquias.

Os contratos que prendiam os pequenos trabalhadores à fábrica eram de sete anos, a mesma duração da antiga aprendizagem. Os patrões comprometiam-se a dar-lhes formação profissional, educação religiosa e moral. A maior parte destes infelizes era contratada nas paróquias, junto aos responsáveis pelas casas assistenciais, que livravam-se, por este meio das despesas de sustento, diminuindo os encargos que pesavam sobre a comunidade local... (ARRUDA, 1994, p. 69).

Na prática, existia uma espécie de troca, uma parte possuía a mão de obra e a outra a remuneração, onde os trabalhadores laboravam jornadas excessivas de doze até dezesseis horas por dia, percebendo salários ínfimos. Afirma-se que o Direito do Trabalho e o contrato de trabalho passaram a desenvolver-se com o surgimento da Revolução Industrial. Constata-se nessa época que a principal causa econômica do surgimento daquela revolução foi o aparecimento da máquina a vapor como fonte energética Guest (apud ARRUDA, 1994, p. 72) relata muito bem o que ocorreu com a mudança trazida pela máquina a vapor:

Um excelente artesão manual de aproximadamente 25 ou 30 anos poderia tecer duas peças semanais de tecidos para camisas e, no mesmo tempo, um tecelão de 15 anos será capaz de produzir, com um tear a vapor, sete peças similares. Uma fábrica provida de 20 teares a vapor, com a ajuda de 100 pessoas, de menos de 20 anos e de 25 homens, tecerá 700 peças por semana, de comprimento e qualidade que foi descrito antes. Para fabricar 100 peças similares por semana à mão, seria necessário empregar pelo menos 125 teares (...).

Nesta fase histórica, temos a substituição do trabalho manual pelo trabalho com o uso de maquinários. Havia a necessidade de que as pessoas viessem também a operar as máquinas não só a vapor, mas também as têxteis, o que fez surgir o trabalho assalariado. Daí nasce uma causa jurídica, pois os trabalhadores começaram a reunir-se, a associar-se, para reivindicar melhores condições de trabalho e de salários, diminuição das jornadas excessivas e contra a exploração de menores e mulheres. Conforme Nascimento:



Destruídas as corporações de ofício, para que empregados e empregadores pudessem pactuar diretamente os seus cardos trabalhistas e fixar as condições de trabalho sem qualquer interferência exterior, surgiu a locação de serviços. Foi a primeira forma jurídica de relação trabalhista. Consistia no respeito total à liberdade volitiva do trabalhador e do empregador que se obrigavam um a prestar serviços e o outro a pagar salários, porém sem outras implicações maiores quanto às circunstâncias em que isso se dava (...). (NASCIMENTO, 1976, p 275).

Vislumbra-se nesta fase a imperatividade patronal destacando-se nas imposições quanto às excessivas jornadas de trabalho, pagamento de salários ínfimos, falta de condições favoráveis ao exercício do trabalho e outros.

2.3 NA MODERNIDADE

Enfim, a chegada da modernidade entorno do século XIX, trouxe consigo inovações no campo do modelo de organização da hierarquia trabalhista, o trabalhador passa a exercer de forma participativa e democrática o campo das decisões trabalhistas, compondo organizações sindicais. O labor enquanto trabalho subordinado passa a ser glorificado e se torna a "fonte de todos os valores" (ARENDR, 2007, p. 96) da nova configuração social.

Tal ideologia, em sua doutrina nascente, considera o trabalho subordinado no modo de organização de produção capitalista de livre, em contraste as formas de trabalho já existentes, as quais denominavam servis ou escravas (D'ANGELO, 2014, p. 37).

Essa diferença é, entretanto, um tanto contrastante, conforme já vimos o trabalho subordinado, seja na forma escrava ou servil, seja na modalidade subordinada a um patrão, percebe-se aqui, mesmo que se possa falar em trabalho subordinado, o mesmo não se sucede na modernidade pela diferença na divisão e estruturação do trabalho que caracterizam cada época – o qual por muito tempo foi considerado humilhante e oposto à liberdade.

Além do paradoxo entre os adjetivos livre/subordinado, a categorização exclui todas as modalidades de trabalho livres e não subordinados existentes até então, desde o



trabalho dos gregos os quais já valorizavam a liberdade, até as diversas manifestações artísticas/ culturais as quais constituíram meios de subsistência para tantos homens ao longo da história.

Portanto, dado o momento histórico de sua constituição, é natural que o Direito do Trabalho tenha se desenvolvido orientando-se para a proteção dos indivíduos empregados em trabalhos subordinados.

3 MODERNAS FORMAS DE ESCRAVIDÃO

3.1 A ESCRAVIDÃO À LUZ DO CÓDIGO PENAL

O conceito de escravidão aparece em diversas nomenclaturas: entre elas as mais encontradas são: escravidão por dívida e servidão; trabalho forçado ou obrigatório e/ou em condições degradantes; trabalho em condições análogas às de escravo (art. 149 do Código Penal), e a forma mais utilizada neste trabalho será: trabalho escravo.

De acordo com o Código Penal Brasileiro, artigo 149, temos o seguinte texto:

“Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto”. Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada na metade, se o crime é cometido:

I - contra criança ou adolescente;

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.



A expressão adotada pelo Código: “condições análogas à escravidão”, outrora mencionada pela Convenção da Sociedade das Nações, ocorrida em 1926, a qual dispôs sobre a proibição da prática da escravidão, além do tráfico de escravos.

Nas palavras de Cazetta: “As alterações legislativas, quando adotadas, não consideraram a realidade atual ou, ao fazê-lo, acabaram por diminuir a amplitude da repressão, excluindo hipóteses já anunciadas como merecedoras de punição”. (CAZETTA, 2006, P.108). De acordo com o entendimento deste autor, ao editar o artigo já citado sobre o trabalho escravo, o Legislador não ampliou o rol para contemplar os atos internacionais a respeito da violação aos direitos humanos.

Através da leitura do artigo 149 do CP, pode-se identificar que para a existência do crime de trabalho escravo é imprescindível a ocorrência de quatro situações:

- 1)- sujeição da vítima a trabalhos forçados;
- 2)- sujeição da vítima a jornada exaustiva;
- 3)- sujeição da vítima a condições degradantes de trabalho;
- 4)- restrição, por qualquer meio, da locomoção da vítima em razão da dívida contraída com o empregador ou preposto.

No § 1º do referido artigo, pode-se constatar três condutas específicas encontradas no trabalho escravo, a saber: “Quando o agente cerceia qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com a finalidade de retê-lo no local de trabalho”, ou “mantém vigilância ostensiva no local de trabalho”, ainda quando, “se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de impedir que ele deixe o local de trabalho”.

Segundo Feliciano (2005, p. 113), a consumação do trabalho escravo está condicionada à existência de uma das 03 condutas típicas delituosas acima mencionadas. O dolo deste tipo penal é específico, ou seja, o agente tem a intenção de praticar o crime de trabalho escravo, culminando com o desenvolver das demais práticas previstas no artigo.



Portanto, para a consumação do crime de trabalho escravo, o agente que pode ser um fazendeiro, empreiteiro ou até mesmo um “capataz”, utiliza todas as formas possíveis para impedir a saída do trabalhador do local de trabalho, inclusive não permitindo que ele vá embora de ônibus ou caminhão. As outras condutas típicas consumam-se quando este agente mantém guardas e/ou pessoas armadas para vigiarem os trabalhadores e, ainda, quando são retidos os documentos destes com a finalidade de obrigá-los a permanecer no local de trabalho. Culminando assim com o cerceamento de liberdade, seja através do impedimento de ausentar-se do local de trabalho, seja com a retenção de documentos, como também forçando os trabalhadores a exercerem trabalhos degradantes, em condições análogas à de escravos.

3.2 A QUESTÃO DOS TRABALHADORES ILEGAIS

A escravidão contemporânea tem início no recrutamento do trabalhador em sua terra natal pelos falsos empregadores, que na realidade são os aliciadores, os quais se disfarçam na figura de empregadores para realizarem falsas contratações, com isto conseguem iludir os trabalhadores com falsas promessas de emprego, bem como excessivas vantagens trabalhistas. Tudo se inicia a partir do convite feito pelos aliciadores, os quais realizam o transporte desses trabalhadores para prestarem serviços em fazendas em áreas distantes, realizando viagens longas de suas residências até as fazendas onde irão trabalhar.

Estes trabalhadores deixam suas cidades de origem, em geral são cidades assoladas pela pobreza, restando-lhes o desafio de tentarem uma oportunidade de emprego fora de suas regiões, a fim de garantirem a sua sobrevivência e de seus familiares.

Alguns vão com pequenos sonhos, como o de conseguir comprar uma bicicleta, uma roupa ou um tênis de marca e/ou ter um dinheirinho para “tocar” a roça quando retornarem. Alguns são casados e outros solteiros. Segundo Audi (2005), em sua maioria, homens (98%) entre 18 e 40 anos (75%), sendo que há menores de idade entre eles; e há uma minoria de mulheres, que são aproveitadas nos serviços domésticos, como



para cozinhar para os peões do trecho, como são vulgarmente chamados esses trabalhadores.

Esses trabalhadores, apesar de terem conhecimento sobre as histórias de maus tratos, situações degradantes, humilhantes, vexatórias; ainda de descaso em relação às condições de saúde, exposição à picada de animais, sem o mínimo de condições de dignidade humana, sendo expostos a dormirem no sereno e outras situações, mesmo assim acabam sendo iludidos e aceitam a falsa proposta de emprego.

Nas palavras de Rezende (2004, p. 113-117):

Uns têm o consentimento dos pais para viajar. Saem, na maioria das vezes, com a única roupa que possuem e com apenas uma marmita que a mãe ou a esposa preparou-lhes no dia anterior. Outros vão embora sem a bênção dos pais e saem na calada da noite, sem que eles presenciem.

Além de configurar trabalho em condições análogas à de escravo, a retirada dessas pessoas de suas cidades de origem, com falsas promessas de que obterão oportunidades de emprego melhores, configura-se também um tráfico de pessoas, já que elas são forçadas a trabalhar duro, têm seus documentos retidos, não podem sair do alojamento quando querem, além de serem submetidas a condições sub-humanas de sobrevivência, segundo o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico de Pessoas, a expressão tráfico de pessoas significa:

“O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração.”

Essas pessoas seguem para o seu destino, transportados em ônibus desconfortável ou em caminhão de pau-de-arara, nas mesmas condições ou piores. No percurso de sua cidade natal até as fazendas, esses trabalhadores já começam a adquirir dívidas com os empregadores, seja para realizarem pequenas refeições, seja para consumo de bebidas, cigarros e afins. Iniciando assim a dívida com o empregador, a qual com o passar do



tempo transforma-se em verdadeira “bola de neve”, a qual não mais para de crescer, gerando com isto uma dívida sem fim.

Ainda de acordo com o Código Penal em seu artigo 207, temos o seguinte texto: Aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional:

Pena - detenção de um a três anos, e multa.

§ 1º - Incorre na mesma pena quem recrutar trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, mediante fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, não assegurar condições do seu retorno ao local de origem.

§ 2º - A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.

Ao chegarem ao local de destino, ou seja, nas fazendas para o trabalho, deparam-se com as primeiras decepções, pois o acordado no momento da contratação não passava de uma farsa, e eles terão que pagar inclusive a alimentação (arroz, feijão, carne), pela rede para dormir e até pelos instrumentos de trabalho e de proteção individual, como enxadas, botas, luvas, chapéus etc. O combinado era que tais instrumentos de trabalho e a alimentação seriam custeados pelo patrão, como lhes era de direito. (SENTO-SÉ, 2001, p. 46).

A prática acima exposta é proibida pela Convenção n. 95 da Organização Internacional do Trabalho, quando dispõe que nenhuma empresa poderá pressionar seus trabalhadores a comprar produtos em suas lojas; e, quando lhes faltar alternativa, as autoridades devem tomar medidas para que as “mercadorias sejam fornecidas a preços justos e razoáveis ou sem fins lucrativos”. Esse entendimento é seguido pelo § 2º do art. 462 da CLT.

Portanto, a escravidão contemporânea apresenta-se de diversas maneiras, o trabalhador diante de sua condição de fragilidade, vulnerabilidade social, se vê atraído



pela falsa promessa de emprego, de vantagens salariais, melhores condições de vida e de bem estar, sendo atraídos para uma escravidão trabalhista, onde terão que trabalhar sem o mínimo de condição de dignidade, de terem que pagar pela alimentação, vestuário, alojamento e ferramentas; gerando com um círculo vicioso de dívida, no qual se vislumbra o início, mas o fim está distante ou quase imprevisível.

3.3 A PROSTITUIÇÃO INFANTIL COMO FORMA DE TRABALHO ESCRAVO

A prostituição é uma prática tão antiga no mundo quanto os primórdios da organização da vida em sociedade. Essa atividade, já era observada na antiguidade, e apesar de tantas críticas que se faz a esta prática, por ser contrária a ideia de moral, bons costumes e outros institutos éticos, essa modalidade nunca foi abolida da vida social humana.

Nas palavras de Audi (2005, P.2): "A prostituição é um dos ramos da indústria do sexo". O estatuto legal da prostituição varia de país para país, ainda não regulamentado em todos os países, diante de tantas críticas feitas a esta profissão ainda não se regulamentou todos os aspectos destinados a amparar quem desta profissão sobrevive, mas está em construção.

A prostituição acontece quando há uma troca consciente de realização de práticas sexuais por dinheiro. A prostituta é uma pessoa que exerce esta atividade, ou melhor, dizendo, uma profissional do sexo. A prostituição é praticada por várias mulheres, e também por alguns homens.

A prostituição, ou seja, a venda de corpos, forçada ou não, é talvez a maior violência social cometida contra as mulheres. Esta violência é agudizada por sua total banalização; mais ainda, a profissionalização da prostituição, que acolhe adeptos mesmo que entre feministas, define a apropriação e a "mercantilização" total das mulheres como um trabalho, que seria tão estatutário e dignificante quanto qualquer outro. (SALGADO, 2017, P. 4).

Nesta atividade laboral, as mulheres tornam-se alvo fácil dos conhecidos "cafetões", que são pessoas aliciadoras de prostitutas a fim retirarem vantagem econômica dessas



peçoas, eles chegam a mantê-las em situações de escravidão forçada, sujeitando-as a terem que dividir o lucro obtido do trabalho com eles, ou ainda, chegam a pagar os donos dos bordéis, pelo uso do local ou pela moradia delas. Essas mulheres vivem em situações de vigilância constante, durante o dia e a noite, sem poderem deixar estas habitações ou realizarem algo fora do combinado com os “cafetões”.

Nas palavras de Beauvoir Apud Navarro, em texto publicado na Revista Unimontes Científica, no século XX em sua publicação “Segundo Sexo”, em 1949, faz uma análise sobre a condição da prostituta: “... a prostituta não tem direitos de uma pessoa, nela se resumem, ao mesmo tempo, todas as figuras da escravidão feminina”. A autora classifica a prostituta como uma pessoa sem qualquer direito estabelecido em convenções de Trabalho, ou ainda, uma profissional que nem sequer tem sua dignidade como pessoa humana respeitada, mas uma pessoa rejeitada socialmente, quando que na maioria das situações aquela era a única forma encontrada para garantir a sobrevivência.

Portanto, o conceito de prostituição pode variar de sociedade para sociedade, partindo do meio no qual se está inserido. Esta prática laboral é reprovada por muitos por causa da moral, devido a representarem um perigo as questões relacionadas ao adultério, podendo atingir a estrutura familiar quando são procuradas por clientes casados, bem como pela possível propagação de doenças que possam transmitir.

4 A TERCEIRIZAÇÃO À LUZ DA SÚMULA 331 DO TST

A edição da súmula 331 vem esclarecer pontos importantes sobre a licitude e a ilicitude da terceirização, deixando claro que é possível haver a terceirização de serviço, nos seguintes casos: excepcionalmente nos casos de trabalho temporário; serviços de vigilância; serviços de conservação e limpeza; e serviços especializados, ligados a atividade-meio do tomador do serviço, sendo vedado: o trabalho temporário para atender necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora ou necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços dessa empresa, ou seja, a terceirização na atividade-fim.



A empresa que realiza o serviço de terceirização especializado, a saber, serviços de vigilância, conservação e limpeza e ligados a atividade-meio, deve ser uma empresa especializada e naquele tipo de atividade ter habilitação específica.

Conforme o entendimento da Súmula 331, temos:

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário. (Lei n. 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional. (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).” (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000).

Através da leitura desta súmula podemos compreender que na relação de terceirização não pode haver a subordinação jurídica (direta) e a personalidade dos trabalhadores com o tomador do serviço é um dos pressupostos para a licitude da terceirização. E, se ficar caracterizada essa subordinação, a mesma deixará de ser uma relação de terceirização e se tornará um contrato de trabalho.

Logo, na relação de terceirização de serviços a tomadora de serviços deve desenvolver atividades diferentes e com finalidade diversa daquelas efetuadas pela



contratada, como também os empregados na prestação de serviços a terceiros não estão subordinadas ao poder diretivo, técnico e disciplinar da empresa contratante, nem podem prestar serviço diverso ao qual foi contratado.

4.2 A SOLUÇÃO PARA A TERCEIRIZAÇÃO NÃO ESTÁ NAS REFORMAS TRABALHISTAS E SIM NA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Os princípios são as diretrizes fundamentais, as proposições básicas que informam uma determinada ciência. São os alicerces de um fenômeno científico. Seguindo esta ideia, os princípios constituem aqueles alicerces estruturais que sustentam todo arcabouço inerente a um ramo do Direito. Nas palavras do mestre Américo Plá Rodrigues in “Los Principios de Derecho Del Trabajo”, Montevideu, (1975, pág. 17): “São linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver casos não previstos”.

Compreende-se da afirmação de Plá Rodrigues que os princípios de uma ciência possuem as seguintes finalidades básicas: orientar o legislador, auxiliar o intérprete e integrar as lacunas do ordenamento jurídico pátrio.

Conforme Delgado (2005, p.26): A dignidade humana passa a ser, portanto, pela Constituição, fundamento da vida no país, princípio jurídico inspirador e normativo, e ainda, fim, objetivo de toda a ordem econômica.

Neste liame, temos a fundamentação do princípio da dignidade da pessoa humana como fator inerente ao trabalhador, espera-se que este princípio venha a reger as relações trabalhistas, seja na contratação direta, ou indireta como no caso da terceirização, pois o trabalhador deve ser respeitado em todos os âmbitos, seja pessoal, psicológico, moral, fisicamente e em outros aspectos. Mas, contraditoriamente ao esperado, este por inúmeras para permanecer no vínculo trabalhista precisa se adequar aos novos modelos ditados pelos empregadores, os quais determinam jornadas de trabalho extensas, ausência de



condições básicas para que o trabalhador desenvolva suas atividades, ausência de equipamentos de proteção quando se trabalha em locais os quais ofereçam riscos à saúde física do operário; bem como a desvirtualização do objeto da contratação pela terceirização, submetendo este trabalhador à sua subordinação e ainda subtraindo a oportunidade de ascensão deste operário.

Um outro princípio a merecer destaque na esfera trabalhista é o da Proteção Social, este visa proteger o máximo de trabalhadores possíveis no campo do trabalho.

Objetivando garantir ao maior número possível de trabalhadores uma existência laboral digna, mais uma vez buscamos a exposição teórica nas lições de Gaspar Lopes de Andrade, pois concordamos que um Direito do Trabalho mais amplo e protetivo:

Deve surgir da força das organizações coletivas e de uma proposta econômica adaptada à sociedade pós-industrial, a fim de atender indistintamente a todos os cidadãos que vivem ou pretendem viver de uma renda ou de um trabalho digno, sobretudo do trabalho livre. (Ibidem, p. 244).

O princípio da proteção volta-se a proteger o número máximo de trabalhadores possíveis, sejam eles enquadrados na categoria de trabalhadores formais, tereceirizados ou não, mas preocupa-se em proteger a todos os trabalhadores os quais de forma digna venham garantir sua sobrevivência e de sua família; já a terceirização apresenta uma desvirtualização deste princípio, já que os empregadores conseguem burlar vários direitos trabalhistas. Segundo Alice Monteiro de Barros, vários são os malefícios da terceirização ilegal, na atividade-fim da empresa, dentre eles: violação ao princípio da isonomia, impossibilidade de acesso pelo trabalhador ao quadro de carreira da empresa usuária do serviço terceirizado, além do esfacelamento da categoria profissional. (BARROS, 2006, p. 428).

No cotidiano os empregadores, por vezes, tentam disfarçar a relação empregatícia direta, ou seja, a realidade. A má-fé dos empregadores verifica-se ao se referir a terceirização com o propósito de se escusar dos encargos trabalhistas, representa uma distorção ao princípio da primazia da realidade. Essa prática fraudulenta é ilícita e precariza as condições do trabalho.



5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo como objetivo geral o estudo sobre a Terceirização, de forma a entender suas vantagens e desvantagens, bem como o de repensar sobre a Terceirização e seus efeitos, concretizados numa relação jurídica, em contraposição ao Princípio da Proteção Trabalhista, buscando-se uma solução pacífica e justa para a pretensão alegada em juízo.

Este tema vem se mostrando cada vez mais relevante no contexto do Direito do Trabalho, da mesma forma para se questionar sobre as consequências geradas pela Terceirização em face do Princípio da Proteção, o qual por vezes é confrontado diante das práticas de trabalho abusivas, ou ainda, as modernas formas de escravidão do trabalhador, as quais suprimem direitos e garantias, os expondo a condições degradantes, humilhantes e desumanas.

Vale salientar que a terceirização tem apresentado diversas vantagens ao mercado de trabalho brasileiro, pois se mostra como uma alternativa para os empregadores diminuïrem seus custos com a folha de pagamento, também contribui para a contratação de mão de obra qualificada de atividades meio, em contrapartida traz uma achatamento no plano de cargos e carreiras.

Conclui-se que a terceirização deve ser utilizada de forma lícita, sendo permitida quando se referir a atividades meio ou nos casos permitidos em lei, facilitando com isto a vida e funcionamento das empresas, bem como garantindo emprego aos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ARRUDA, José Jobson de Andrade. **A Revolução Industrial**. 3ª ed. São Paulo: Ática, 1994.
- AUDI, Patrícia. **Combate ao trabalho escravo**: avanços e desafios. Datado de 11.05.2005. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/news/artigos/>>
- BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.



BRASIL, **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de Dezembro de 1940.

_____, **Consolidação das leis trabalhistas**. Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943.

_____, **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988.

_____, Lei 7.102 de 20 de junho de 1983. **Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências**.

_____, **Súmula 256 TST**.

_____, **Súmula 331 TST**.

_____, **Súmula 51 TST**.

CAMPOS, José Ribeiro. **Aspectos da terceirização e o direito do trabalho**. Revista do Curso de Direito. Portal Metodista de Periódicos Científicos e acadêmicos. Vol. 1, nº 1, 2004.

CAZETTA, Ubiratan. **A escravidão ainda resiste**. In: Organização Internacional do Trabalho (coord.). Possibilidades jurídicas de combate à escravidão contemporânea. Brasília: OIT, 2007. p. 104-136.

CHERCHGLIA, Mariângela Leal. **Terceirização do trabalho nos serviços de saúde**: alguns aspectos conceituais, legais e pragmáticos. 2002. Disponível em: <http://www.opas.org.br/rh/publicacoes/textos_apoio/pub04U3T5.pdf>. Acesso em: 20 dez 2010.

CATHARINO, Patrícia. **As instituições financeiras e a terceirização**. São Paulo: Textonovo, 2005.

D'ANGELO, Isabele Bandeira de Moraes. **A Subordinação no Direito do Trabalho**. Para ampliar os cânones da proteção, a partir da economia social e solidária. São Paulo: LTr, 2014.

DE BEAUVOIR, Simone. **Banalizar e naturalizar a prostituição**: violência social e histórica. Revista Unimontes Científica, Monte Carlos, v. 6, n. 2, Jul-Dez /2004.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

_____, **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

ESCRavidão no Brasil. Bbc Brasil, 17 nov. 2014. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/11/141117_escravidao_brasil_mundo_pai.com.br>. Acesso em: 04 jul. 2017.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Do crime de redução à condição análoga à de escravo, na redação da Lei n. 10.803/2003**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 678, 14 maio 2005. Disponível em: <www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6727>. Acesso em: 18.02.2017.



FERRAZ, Fábio. **Evolução histórica do direito do trabalho.** Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/estudantesdireito/anhembimorumbi/fabioferraz/evolucaoistorica.htm>>. Acesso em: 10 jan 2017.

FIGUEIRA, Ricardo Rezende. **Pisando fora da própria sombra: a escravidão por dívida no Brasil contemporâneo.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.52, n.82, p.127-147, jul./dez.2010

JOHNSTON, Aldem. **Um estudo sobre os princípios do Direito do Trabalho.** 15 jan 2002. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/543/Um-estudo-sobre-os-principios-do-Direito-do-Trabalho>. Acesso em 15 jan 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o direito do trabalho.** 3a ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Paulo Douglas Almeida de. **Contratação Indireta e terceirização de serviços na atividade-fim das pessoas jurídicas: possibilidade jurídica e conveniência social.** 2003. Disponível em: <www.mte.gov.br/delegacias/ms/ms_monografia.pdf>. Acesso em: 03 jan 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho.** 19. ed., rev. e atualizada São Paulo: Saraiva, 2004.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho.** 19 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf> Acesso em: 23/08/2017.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho.** São Paulo: Ltr, 2004.

_____. **Los Principios del Derecho del Trabajo.** Buenos Aires: 1998.

SALGADO, Daniel de Resende, Procurador da República e Coordenador Criminal na PR/GO. **Enfrentamento ao tráfico internacional de seres humanos.** <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-deapoio/publicacoes/trafico-de-pessoas/enfrentamento-ao-trafico-internacionalde-seres-humanos-daniel-salgadopdf> Acesso em: 23/09/2017. SITE sobre Tráfico Internacional de Crianças, Desaparecidos do Brasil.

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. **Trabalho escravo no Brasil.** São Paulo: LTr, 2001.

.....



A REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO NO BRASIL:

UM ESTUDO COMPARADO NA AMÉRICA DO SUL

.....

Thaysa Silva Nogueira¹
Marcela Proença Alves Florêncio²

1 INTRODUÇÃO

A redução da jornada de trabalho é uma medida que impacta a sociedade diretamente, interferindo na economia. Por isso, tal medida deve ser pensada levando em consideração o contexto histórico, cultural e social do país objeto da redução. Caso contrário, a adoção de tal medida pode assumir resultado diferente do pretendido. Sobretudo, a discussão da temática deve vir acompanhada de estudo científico.

Diante disso, o presente trabalho tem por objetivo realizar um estudo comparado da jornada de trabalho no Brasil com os demais países da América do Sul (desde que sejam membros da OIT), a fim de estudar a (in)viabilidade da adoção de medida que vise reduzir a jornada de trabalho no país de maneira crítica.

Em um primeiro momento, o presente trabalho realiza um estudo a respeito da perspectiva histórica da jornada de trabalho no Brasil e na Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Guiana, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela, analisando as mudanças históricas e possíveis reduções e alterações nas jornadas de trabalhos destes países ao longo dos anos. Nesse sentido, observou-se que houve uma redução da jornada de trabalho no Brasil e no Chile ao longo dos anos. Com relação à alteração no Brasil, conforme será exposto adiante, foram necessárias a entrada em vigor de diferentes Constituições Federais para que se viesse a reduzir, muitos anos a frente. Assim, no

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA.

² Mestre em Gestão Pública pela UFPE. Professora do Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA.



capítulo “Histórico da jornada de trabalho”, foi realizada uma cronologia, contextualizando o Brasil e os demais países objetos de estudo.

Posteriormente, serão analisados os posicionamentos convergentes e divergentes à redução da jornada de trabalho no Brasil. Pretende-se expor as correntes doutrinárias, realizando um diálogo de aproximações e distanciamentos nos diversos entendimentos. Esta etapa é de fundamental importância para que se alcance o objetivo pretendido, que é responder à pergunta de pesquisa com base nas teorias apresentadas e no estudo comparado.

Estes foram os pressupostos teóricos e a metodologia vislumbrados pelas autoras, para discutir a respeito da viabilidade ou inviabilidade da redução da jornada de trabalho no Brasil. Esta é uma proposta aberta, com modestas aspirações de originalidade e, como todo estudo acadêmico, submetido a possíveis críticas.

2 HISTÓRICO DA JORNADA DE TRABALHO

A jornada de trabalho de 8 horas diárias e 48 horas semanais era objeto de clamor social em todo o mundo. Desse modo, referida jornada restou fixada na Convenção 1919 (nº1) da OIT, consistindo na Convenção sobre as Horas de Trabalho (Indústria). Após a vigência dessa Convenção, surgiram outras de igual importância, como a Convenção do Descanso Semanal, Convenção Sobre as Quarenta Horas Semanais (LEE *et al*, 2009).

Vale salientar que o marco inicial da jornada de trabalho ser de 48h foi o mais próximo que se chegou de uma jornada de trabalho insalubre. Ao mesmo tempo, a jornada de trabalho de 48 horas não era aplicada de maneira unânime nos países. Em 1920, a Europa e os Estados Unidos adotavam a jornada de 40 horas semanais. No ano de 1967, apenas 35 dos 93 países analisados adotavam a jornada de 8 horas diárias e 48 horas semanais (LEE *et al*, 2009).

Os primeiros sinais da jornada de trabalho no Brasil se deram com a tipificação penal do crime de vadiagem, previsto no Código Penal de 1980, em seu artigo 399



(BRASIL, 1890). Contudo, apesar de um Brasil que abolia a ideia de pessoas sem um trabalho, era o mesmo Brasil que não se preocupava com a delimitação de uma jornada de trabalho. Isso é possível constatar em 1891, quando surgiu o decreto-lei 1313, o qual preocupou-se em delimitar a idade mínima para ingressar no mercado de trabalho, que consistia em doze anos (BRASIL, 1891; ANDRADE e CASTILHO, 2017).

Até 1932, a jornada de trabalho era fixada através das instituições e fábricas do Brasil, ocorrendo uma variação de lugar para lugar. O Decreto-lei nº 21.364/1932 veio para modificar essa situação, fixando limite de jornada de trabalho semanal uniforme em todo o país de 8 horas diárias e 48 horas semanais. Vale salientar que esse limite poderia ser prorrogado, em até 10 e 12 horas diárias, em caso de acordo ou convenção coletiva de trabalho (BRASIL, 1932; ANDRADE e CASTILHO, 2017).

Em 1934, a Constituição Federal do Brasil manteve a jornada de trabalho em 8 horas diárias e 48 horas semanais, mas estabelecendo uma diferença não prevista na anterior: a partir de agora, seria possível reduzir a jornada ou aumentá-la, esta última sob a condição de que estivesse previsto em lei (BRASIL, 1934).

No ano de 1967, o Brasil permanecia com esta jornada (BRASIL, 1967), juntamente com Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Peru, Uruguai e Venezuela (estes dois últimos países possuíam a jornada de 48 horas semanais no setor da indústria). Na jornada que compreende 41 a 46 horas de trabalho semanal, estavam o Uruguai e a Venezuela, no que se refere ao setor de comércio e escritórios (LEE *et al*, 2009).

Dezessete anos depois, em 1984, o Equador passa a integrar o rol, com limite de jornada de trabalho de 40 horas semanais; de mesmo modo, o Paraguai, que definiu como limite 48 horas semanais. Ao passo que os demais países (Brasil, Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Peru, Uruguai e Venezuela) permanecem nas mesmas condições anteriormente mencionadas (LEE *et al*, 2009).

Em 1988, com o surgimento da Constituição Federal do Brasil, o cenário neste país muda, passando a jornada semanal a ter 8 horas diárias e 44 horas semanais (BRASIL, 1988). A partir daí, em 1995, a Venezuela define um limite de jornada de trabalho semanal



único (independente do setor – comércio ou indústria), compreendendo o intervalo de 41 a 46 horas. Os demais países permanecem com os limites anteriores: Equador - 40 horas; Uruguai (comércio) – 41 a 46 horas; Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Paraguai, Peru, Uruguai (indústria) – 48 horas semanais (LEE *et al*, 2009).

Recentemente, no ano de 2005, realizou-se um novo estudo acerca dos limites da jornada semanal dos países. Assim, foi possível constatar uma novidade no cenário internacional: a redução da jornada de trabalho do Chile de 48 horas para o intervalo de 41 a 46 horas. Nos demais países, não houve mudanças. O Equador permaneceu com a jornada semanal de 40 horas. Ao passo que Brasil, Uruguai (comércio) e Venezuela permaneceram no intervalo de jornada de 41 a 46 horas semanais. Por fim, a Argentina, Bolívia, Colômbia, Paraguai, Peru e Uruguai (indústria) mantiveram seus limites de jornada de trabalho semanal em 48 horas (LEE *et al*, 2009).

Assim, pode-se observar que a redução da jornada de trabalho, tanto no Brasil como nos demais países analisados, vem sendo conquistada ao longo da história e de forma gradativa. Foram necessários inúmeros movimentos, para viesse a reduzir a jornada de trabalho no Brasil de 8 horas diárias e 48 horas semanais para 8 horas diárias e 44 horas semanais. Apesar dessa redução, ainda há um debate que permeia o cenário político e econômico no país, que discute a possibilidade de haver uma nova redução da jornada. Tais fundamentos serão expostos no tópico a seguir.

3 REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO NO BRASIL – APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS

Com o crescente índice de desemprego, surge no Brasil o debate a respeito da possível redução da jornada de trabalho. De um lado, há estudos que apontam que, reduzindo-se a jornada, conseqüentemente iria-se aumentar o quantitativo de novos postos de trabalho (DIEESE, 2006). Se a jornada de trabalho viesse a ser reduzida de 44



horas para 40 horas semanais, poderiam surgir mais de 2 milhões de vagas de emprego (DIEESE, 2007).

Mocelin (2011) questiona esse posicionamento, apontando que, reduzindo a jornada de trabalho com a manutenção dos salários, torna o trabalho mais caro para os empregadores. Isso implica no surgimento e manutenção de postos de trabalho instáveis. Essa mão-de-obra poderia ser substituída por tecnologia. Desse modo, a redução da jornada de trabalho funcionaria como um paliativo, uma tentativa de remediar o problema do desemprego estrutural no país.

Calvete (2003) aponta que a redução da jornada de trabalho não necessariamente implicará na redução de desemprego. Isso se deve ao fato de que as empresas reagem à redução da jornada de modo diverso, uma vez que tal medida implica no aumento dos gastos com a produtividade. E esta reação muitas vezes se dá pela substituição da mão-de-obra pela tecnologia. Por outro lado, o autor aponta que não se pode negar que a redução da jornada de trabalho traz benefícios: o trabalhador passa a ter mais atenção no trabalho desempenhado. Isso acarreta na redução de acidentes, reduzindo também os danos causados ao maquinário utilizado

A redução da jornada de trabalho não significa que as pessoas irão trabalhar menos. Tal medida se relaciona diretamente com o modo com que o tempo que o trabalhador dispõe será utilizado. Reduzindo-se a carga horária obrigatória, as pessoas muito provavelmente irão trabalhar mais; porém, o farão em atividades não remuneratórias, muitas vezes envolvendo qualificação e aquisição de conhecimento. Desse modo, para o autor, redução da jornada de trabalho afeta o trabalho assalariado, onde o trabalhador encontra-se na posição de subordinado. Assim, o autor posiciona-se no sentido de que a redução da jornada de trabalho interfere diretamente na qualidade do emprego, uma vez que trabalhadores bem qualificados recebem uma remuneração melhor (MOCELIN, 2011).

Seguindo esse posicionamento, há uma corrente que defende a redução da jornada de trabalho (GORZ, 2003; AZNAR, 1995; OFFE, 1994). Estes autores defendem que, trabalhando menos, mais trabalhadores terão oportunidade de emprego. O trabalho



precisa ser redistribuído e reduzido. Para isso, precisa haver uma mudança na sociedade, mudança esta de cunho cultural. A sociedade necessita de alternância entre o tempo destinado ao trabalho subordinado e o tempo livre, para que se dedique a atividades que melhorem a qualidade de vida. Castel (1998) a redução da jornada de trabalho precisa ocorrer atrelada à redistribuição da riqueza, uma vez que a crise do desemprego não é algo passageiro.

Carneiro e Ferreira (2007), em sua pesquisa intitulada “Redução de jornada melhora a qualidade de vida no trabalho? A experiência de uma organização pública brasileira”, analisando quais as consequências práticas da redução da jornada de trabalho na vida dos trabalhadores, a partir de um estudo de caso, obtiveram como resultado que houve uma melhora na qualidade de vida dos trabalhadores. Em contrapartida, observaram que não houve um avanço no que diz respeito às condições de trabalho. O esperado aumento na quantidade de postos de trabalho não ocorreu.

Delgado (2015) assevera que é necessário que se realize uma redução da jornada de trabalho, uma vez que irá impactar diretamente na saúde do trabalhador, que poderá melhor utilizar seu tempo livre, trazendo uma melhor qualidade de vida e melhorando a produtividade. Referido autor lança uma proposta, a saber, de que haja uma redução da jornada de 44 horas semanais para 40 horas.

Süssekind (2010) apresenta razões para se falar em redução da jornada de trabalho. Biologicamente falando, tal medida resultará em trabalhadores menos cansados, físico e psicologicamente. No sentido social, o trabalhador terá oportunidade de optar como utilizar seu tempo livre, convivendo mais tempo em sociedade, passando mais tempo em família, se dedicando a atividades prazerosas. Por fim, na perspectiva econômica, tem-se que o desemprego irá reduzir, havendo um ganho na produtividade, uma vez que o trabalhador iria render mais.

Assim, surge a importância de um estudo comparado entre a jornada de trabalho no Brasil e nos demais países da América do Sul, membros da OIT. Esse estudo comparado permitirá visualizar se realmente é cabível uma redução na jornada do trabalho ou se deve



permanecer. Para a realização deste estudo comparado, faz-se necessário a adoção de um caminho metodológico claro e coeso, o qual será exposto a seguir.

4 METODOLOGIA

Neste capítulo, discutiremos os procedimentos metodológicos que guiarão este estudo. Inicialmente, apresentaremos o detalhamento do método, a estratégia para coleta de dados, e por fim, o planejamento de como será operacionalizado as análises.

4.1 METODOLOGIA: TIPO DE PESQUISA E COLETA DE DADOS

A metodologia científica no contemporâneo contribui/legitima-se enquanto discurso essencial para construção de conhecimento, por estabelecer pretensões de

assegurar maior confiança aos resultados da investigação, e assim atribuir poder superior à ciência em relação a outras formas de saberes (GIL, 2008).

A presente pesquisa se localiza metodologicamente como um estudo teórico de base descritiva e comparativa. De acordo com Gil (2008), quanto aos objetivos, a pesquisa descritiva procura sistematizar e descrever os diversos elementos que compõem as características de determinada população ou fenômeno. Por sua vez, a pesquisa de base teórica, "são aquelas que têm por finalidade o conhecer ou aprofundar conhecimentos e discussões sobre um determinado tema de interesse" (BARROS, 2000, p. 78).

Após as especificações que localizam o estudo dentro dos paradigmas da metodologia científica, segue agora os caminhos que serão percorridos para coleta de dados. Guiado pelos ensinamentos de Gil (2008), o presente estudo delimita (02) bases de dados para coleta do material a ser analisado, sendo elas: ILOSTAT, base de dados da OIT sobre estatísticas do trabalho e a Base de Dados de Condições de Trabalho, ambas pertencentes à plataforma ILO (*International Labour Organization*). Na base de dados ILOSTAT, foi utilizado o descritor "Hours of work". Estes bancos de dados foram



selecionados pelos critérios de representatividade propostos por Gil (2008), sendo eles: representação institucional, qualidade acadêmica e legitimação entre os pares.

O ILOSTAT apresenta uma planilha com as horas semanais médias efetivamente trabalhadas por trabalhador em cada país. Por sua vez, na Base de Dados de Condições de Trabalho, foi utilizado o material "Working conditions laws report 2012: a global review". Os países objeto de observação foram os da América do Sul, a saber: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Guiana, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela.

5 ANÁLISE DOS DADOS OBTIDOS

No estudo realizado pelo ILO, intitulado "Working conditions laws report 2012: a global review", constatou-se que o Brasil, Chile e Venezuela possuem um limite de horas semanal entre 42 e 45 horas no ano de 2012, sendo considerado normal. Contudo, países como Argentina, Bolívia, Colômbia, Paraguai, Peru e Uruguai possuem jornada de trabalho semanal igual a 48 horas. O Equador tem uma jornada de trabalho de 40 horas semanais. A Guiana não possui um limite de horas nacional.

Quanto ao limite de realização de horas extras semanais, Brasil e Venezuela limitam a jornada de horas extras em até 47 horas. Argentina, Chile, Equador, Paraguai e Uruguai estabeleceram como máximo de horas extras 49 a 59 horas semanais. Por sua vez, Bolívia e Colômbia possuem como teto para a realização de horas extras 60 horas ou mais por semana. Guiana e Peru não possuem um limite nacional.

Na base de dados ILOSTAT, constatou-se que na Argentina a média de horas semanais trabalhadas por pessoa empregada no ano de 2016 foi de 43 horas. A base de dados não registrou estatística de trabalhadores laborando menos de 30 horas por semana, muito menos de 30 a 48 horas por semana e mais de 48 horas por semana.

No ano de 2009, a Bolívia registrou que a média de horas semanais trabalhadas por pessoa igualmente foi de 43 horas. Um quantitativo de 17,8% dos trabalhadores do país



laborou menos de 30 horas semanais. Entre 30 e 48 horas semanais, registrou-se 49,2% dos trabalhadores. Acima de 48 horas semanais, 32,8% dos trabalhadores.

No Brasil, no ano de 2016, a média semanal de horas trabalhadas pelos trabalhadores de todo o país foi de 39 horas. Apenas 11,5% do contingente nacional de trabalhadores laborou menos de 30 horas. 80,4% dos trabalhadores laborou entre 30 e 48 horas. Acima de 48 horas semanais, apenas 6,4% laborou nesse formato.

A jornada semanal média no Chile, no ano de 2016, foi de 41 horas. Na modalidade menos de 30 horas semanais, apenas 11,9% dos trabalhadores teve esta jornada. Entre 30 e 48 horas semanais, 70,4% da mão-de-obra do país; acima de 48 horas, 10,3%.

Na Colômbia, tomando por parâmetro o ano de 2016, a base de dados apresentou que a média de horas trabalhadas semanalmente foi de 44 horas semanais. Abaixo de 30 horas semanais, laborou o quantitativo de 8,2% dos trabalhadores. Entre 30 e 48 horas, 60,3% dos trabalhadores. Acima de 48 horas semanais, um total de 29,3%.

Quanto à média de horas trabalhadas semanalmente no Equador, no ano de 2016, foi de 38 horas. Não houve registro quanto aos demais critérios (porcentagem de trabalhadores que laboraram menos de 30 horas por semana, entre 30 e 48 horas e acima de 48 horas).

No Paraguai, a média foi de 42 horas semanais efetivamente trabalhadas por pessoa empregada. Tomando por base o ano de 2016, a base de dados não registrou as estatísticas concernentes aos demais critérios estabelecidos.

Quanto ao Peru, referida média de horas semanais trabalhadas de maneira efetiva foi de 38 horas por trabalhador. Laborando menos de 30 horas semanais, foi registrado 17% dos trabalhadores. No intervalo de 30 a 48 horas, 53,8% das pessoas empregadas. Ultrapassando as 48 horas semanais, 26,1% dos trabalhadores.

No Uruguai, a média de horas por semana, efetivamente laboradas por trabalhador foi de 43 horas, no ano de 2016. Não há registro quanto aos demais critérios estabelecidos na base de dados.



Por fim, na Venezuela, a média foi de 40 horas trabalhadas por trabalhador, no ano de 2012 (ano mais recente disponibilizado pela base de dados). 4,8% dos trabalhadores laboraram menos de 30 horas. No intervalo compreendido entre 30 e 48 horas, 88,5% dos trabalhadores laboraram essa quantidade de horas. Apenas 6,7% dos empregados trabalharam efetivamente mais de 48 horas semanais.

País	Ano	Horas semanais médias efetivamente trabalhadas por pessoa empregada	Participação de funcionários trabalhando menos de 30 horas por semana (%)	Participação dos funcionários trabalhando 30-48 horas por semana (%)	Funcionários que trabalham mais de 48 horas por semana (%)
Argentina	2016	43			
Bolívia	2009	43	17,8	49,2	32,8
Brasil	2016	39	11,5	80,4	6,4
Chile	2016	41	11,9	70,4	10,3
Colômbia	2016	44	8,2	60,3	29,3
Equador	2016	38			
Paraguai	2016	42			
Peru	2016	38	17,0	53,8	26,1
Uruguai	2016	43			
Venezuela	2012	40	4,8	88,5	6,7

Fonte: Autoral, 2017.

6 CONCLUSÃO

Conclui-se que a redução da jornada de trabalho, por si só, não representa avanço ou retrocesso para qualquer um dos polos da relação trabalhista, ou seja, empregados ou empregadores. Para que fossem sentidos efeitos positivos que esta medida poderia trazer, ela deveria ser acompanhada de outros fatores igualmente importantes, dentre os quais se destacam: a necessidade de alterações legais para limitar a realização de horas extras; políticas públicas de fomento à educação básica e qualificação profissional; melhorias salariais, ações empresariais e governamentais, que possibilitem uma melhor competitividade empresarial. Desta forma, percebe-se que, na atual conjuntura político-econômica do Brasil, o qual acaba de aprovar uma reforma trabalhista que flexibiliza alguns direitos trabalhistas e, em especial, facilita a realização de horas extras, a redução da jornada não representa um avanço.



Vale salientar que a redução da jornada de trabalho não é um processo negativo. Por ter cunho histórico e econômico, tal medida precisa ser analisada tomando-se como objetivo principal uma melhora na qualidade dos empregos fornecidos. Qualidade de emprego esta que não possui relação com a quantidade de horas trabalhadas, pelo contrário. Para que se possa falar em redução da jornada de trabalho, é necessário se leve em consideração as condições em que os empregos estão inseridos. Deve, ainda, observar a natureza das relações empregatícias e deve-se manter e valorizar a remuneração.

Outro ponto a ser objeto de observação é que a redução da jornada de trabalho de postos cuja atividade principal é a repetição de tarefas simples, sem a exigência de conteúdo, acarretará diretamente na remuneração, que será alvo de redução. Isso porque o trabalho mais valorizado no mercado é aquele em que se emprega um maior conteúdo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. CASTILHO, Larissa Ximenes de. O conflito entre redução *versus* prorrogação da jornada de trabalho: as proposições da teoria jurídico-trabalhista clássica e da teoria jurídico-trabalhista crítica, no contexto da reforma trabalhista brasileira. **RFMD**, Belo Horizonte, v. 91, n° 39, p. 91-110, out./abr. 2017.

AZNAR, G. **Trabalhar menos para trabalharem todos**. São Paulo: Página Aberta, 1995.

BARROS, A. J. S. LEHFELD, N. A. S. **Fundamentos de Metodologia**: Um guia para a Iniciação Científica. 2. Ed. São Paulo: Makron Books, 2000.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Rio de Janeiro, 1890. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Data de acesso: 20/11/2017.

BRASIL. **Decreto nº 1.313, de 17 de janeiro de 1891**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1313-17-janeiro-1891-498588-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 20 nov. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 21.364, de 4 de Maio de 1932**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21364-4-maio-1932-526751-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 20 nov. 2017.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em 20 nov. 2017.



BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Data de acesso: 20/11/2017.

CALVETE, Cássio Silva da. A redução da jornada de trabalho como solução do desemprego: o mito de Sisífo ou Prometeu? **Cívitas – Revista de Ciências Sociais**. Vol. 3, nº 02, julho-dezembro 2003.

CARNEIRO, T. L. FERREIRA, M. C. Redução de jornada melhora a qualidade de vida no trabalho? A experiência de uma organização pública brasileira. **Revista Psicologia: Organizações e Trabalho**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 131-157, 2007. Disponível em: <http://pepsic.homolog.bvsalud.org/pdf/rpot/v7n1/v7n1a07.pdf>. Acesso em: 20/11/2017

CASTEL, R. **As metamorfoses da questão social**: uma crônica do salário. Petrópolis: Vozes, 1998.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito de Trabalho**. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). **Redução da jornada de trabalho no Brasil. Nota técnica**, São Paulo, n. 16, p. 1-11, mar2006. Disponível em: <http://www.fenajufe.org.br/encontro6horas/arquivos/notatec16ReducaoDaJornada%20-%20Dieese.pdf>. Acesso em: 20/11/2017.

_____. **Reduzir a jornada de trabalho é gerar empregos de qualidade. Nota técnica**, São Paulo, n. 57, p. 1-10, 2007. Disponível em: <http://www.fenajufe.org.br/encontro6horas/arquivos/notatec57JornadaTrabalho%20dieese.pdf>. Acesso em: 5.jan.2010. Acesso em: 20/11/2017.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4.ed. São Paulo. Atlas, 2008.

GORZ, A. **Metamorfoses do trabalho**: crítica da razão econômica. São Paulo: Annablume, 2003.

ILO. ILOSTAT Data base of Labour Statistics. Hours work. Disponível em <goo.gl/1FhwJy>. Data de acesso: 20/11/2017.

ILO, International Labour Office. **Working conditions laws report 2012**: A global review. NajGhosheh - Geneva: 2013.

LEE, Sangheon. MCCANN, Deidre. MESSENGER, John. **Duração do trabalho em todo o mundo**: tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada. Secretaria Internacional do Trabalho. Brasília: OIT, 2009. Tradução para o português: Oswaldo de Oliveira Teófilo. Disponível em <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/work_hours/pub/duracao_trabalho_284.pdf>. Data de acesso: 20/11/2017.

MOCELIN, Daniel Gustavo. Redução da jornada de trabalho e qualidade de empregos: entre o discurso, a teoria e a realidade. **Revista de Sociologia e Política**, v. 19, nº 38, p. 101-119, fevereiro de 2011. Disponível em <<http://reorganiza.ufsc.br/files/2012/10/v19n38a07.pdf>>. Data de acesso: 20/11/2017.



OFFE, C. **Capitalismo desorganizado**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. atual. e rev. São Paulo: Renovar, 2010. E-Book. ISBN-13: 978-8571477766.



ANÁLISE DOS REFUGIADOS ECONÔMICOS E AMBIENTAIS SOB OS FUNDAMENTOS DA TEORIA SOCIAL CRÍTICA:

SUA PERSPECTIVA NORMATIVA E SOCIOLOGICA NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

.....

Renata Alves Calabria¹
Maria Lúcia Barbosa²
Virginia de Carvalho Leal³

1 INTRODUÇÃO

O modo de produção capitalista funda-se na exploração do trabalho humano, gerando ricos e pobres numa escala mundial. A divisão das riquezas no mundo obedece a uma lógica eurocêntrica e imperialista, de modo que os países do norte fundaram seu progresso e sua riqueza a partir do empobrecimento dos países do sul por meio da colonização, que mantém sua lógica até hoje na forma de superexploração os trabalhadores das antigas colônias com a conivência de Estados cada vez mais dependentes de um capital transnacional. Há uma divisão social, racial e geográfica de riquezas que é determinante para o êxodo dos indivíduos de seus países em busca de possibilidades de sobrevivência em outras regiões, nas quais tampouco são incluídos ou bem vindos.

O tema desponta de forma bastante atual, uma vez que a situação dessas pessoas neste momento é preocupante e trata-se de um drama crescente que vem aumentando

¹ Advogada e Pós-graduanda em Direito do Trabalho na UFPE (Universidade Federal de Pernambuco) renatacalabria@yahoo.com.br

² Advogada e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora de Direito do Trabalho da Pós-graduação em Direito da UFPE e da UNICAP (Universidade Católica de Pernambuco) malubarbosa1@yahoo.com.br

³ Professora de Direito Ambiental e Direitos Humanos na UFPE, AESO e FNR/FGV, Advogada e consultora ambiental. virginiacleal@gmail.com



exponencialmente ano após ano. Segundo a ONU (Organização das Nações Unidas) a humanidade presencia o maior número de refugiados da história, ultrapassando os 60 milhões de pessoas. O relatório denominado "*Tendências Globais*", elenca o maior levantamento da organização em matéria de deslocamento. É o pior recorde desde a Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945). (UNHCR ACNUR, 2017; ALVES e DIAS, 2017)

Após a Segunda Guerra Mundial, o tema relacionado aos direitos humanos ganha uma nova conformação, sendo central nas constituições e na formulação de institutos voltados para a proteção da dignidade humana. Existia um consenso amplo de que as atrocidades cometidas durante aquele evento não poderiam se repetir. Neste cenário, fez-se necessário colocar a dignidade da pessoa humana no âmago de um sistema de efetiva proteção. Daí se deu o começo do processo de internacionalização dos direitos humanos, que teve como principal ponto de partida a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, da Organização das Nações Unidas (RAMOS, 2014, pg. 75).

Esta Declaração e a Carta das Nações Unidas afirmaram o princípio de que os seres humanos, sem distinção, devem gozar dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Pois bem, a Organização das Nações Unidas tem manifestado categoricamente seu cuidado com os refugiados a fim de assegurar a estes o exercício mais amplo possível dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Referido documento acima explicado tem enorme importância, pois constituiu o principal marco de consagração dos direitos humanos em espectro internacional, partindo-se deste, se cristalizou o entendimento de que a observância a tais direitos não deveria ser apenas uma atribuição de cada Estado, mas uma responsabilidade internacional. Em outros termos, os direitos humanos se tornaram assunto de interesse universal. Especificamente em matéria normativa, foi elaborada a Convenção de 1951 a tratar sobre os refugiados.

"Em 1967, foi criado, então, o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, com a finalidade de resolver os problemas gerados pelas duas limitações da Convenção. Colocava-se fim à reserva temporal, ao mesmo tempo em que se exigia que os Estados que se comprometessem com as obrigações da Convenção ao aderir ao Protocolo não adotassem mais a reserva geográfica (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS, 1996b)." (ROCHA e MOREIRA, 2015)



Numa análise intercontinental, pontua-se que como a produção tem se expandido para além das fronteiras nacionais e desloca postos de trabalho e cria novas formas de emprego e gera o desemprego estrutural exige a construção de um sólido sistema de proteção que esteja acima da atuação estatal. Então, faz-se necessário criar mecanismos de proteção supranacionais a fim de torna-se imprescindível a proteção aos direitos acima mencionados como forma de desenvolvimento dessa dimensão social da integração.

Neste sentido, faz-se necessário contribuir para uma reflexão sobre a situação no aspecto trabalhista dos refugiados econômicos e ambientais, sob a base teórica da Teoria Social Crítica para melhor compreender aquele fenômeno e possibilitar uma análise sobre nova abordagem. Inclui-se, também, proposição a respeito de perspectivas sobre a implementação de políticas públicas que corroborem com a aplicação do princípio da proteção social.

2 CONCEITO DE REFUGIADOS ECONÔMICOS E AMBIENTAIS E OS ASPECTOS GERAIS A RESPEITO DOS DIREITOS HUMANOS DOS MIGRANTES

Em relação aos refugiados, foi verificado que o tema ganhou notoriedade com Essam El-Hinnawi quando atuava junto ao Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA). Em sentido amplo, todas as pessoas deslocadas podem ser descritas como refugiados, pois foram forçadas a sair de seu *habitat* original para se protegerem de danos ambientais, catástrofes e/ou para buscar maior qualidade de vida. De acordo com esta definição, pessoas deslocadas por razões políticas ou por conflitos civis e migrantes ambientais e em busca de melhores empregos (por motivos estritamente econômicos) não são consideradas refugiados. (RAMOS, 2011, p. 76)

Diferentemente, segundo Cunha (2008), apontam-se novas definições, pois existe uma necessidade de ampliação deste diploma diante de dois exemplos – não exaustivos –



de grupos de migrantes forçados que deveriam gozar da proteção do instituto universal do refúgio e que não o fazem por não se enquadrarem na definição formal trazida pela Convenção de 1951, quais sejam, os refugiados econômicos, este também chamado refugiados da fome, e o refugiados ambientais, que somam milhares de pessoas em todo o mundo.

Importante compreender sobre as redes sociais nas migrações internacionais, pois os migrantes refugiados também constituem parte das migrações internacionais e, dessa maneira, estão inseridos em redes de solidariedade, amizade e parentesco que auxiliam no papel do Estado frente a situações de desemprego para esse grupo de trabalhadores.

Pedro Augusto Gravatá Nicoli traz salutar base teórica a respaldar o entendimento da temática a respeito da condição jurídica do trabalhador imigrante.

“Dentro das bases filosóficas que sustentam os fundamentos jurídicos da proteção ao trabalho do imigrante, frutuosa se fará uma incursão no tema da *justiça*, razão última de toda sorte de proteção concedida pelo Direito. Pertinente será, aqui, a ideia de justiça, sobretudo na sua dimensão de alteridade, em face da própria condição de imigrante.” (NICOLI, 2011, p. 28.)

Esclarece-se que este entendimento de alteridade exposto por este autor não condiz com a noção da característica específica do contrato de trabalho, mas relaciona-se a uma concepção filosófica genérica “ao outro”.

Ao aprofundar os dilemas que envolvem este peculiar sujeito denominado de refugiado, percebe-se que Nicoli (2016) trata de maneira ampla e estruturante nos fundamentos de direito internacional social, o trabalho e o sujeito trabalhador em seus diversos obstáculos.

“Desde o mais profundo desprezo social a uma valia intrínseca, identitária do humano os arranjos conceituais foram povoados de referenciais violentamente distintos. Define-se, a reboque, também um estatuto social (e jurídico) do sujeito trabalhador, reafirmando, confinando ou mesmo negando sua identidade e posição na sociedade, o que afeta diretamente as possibilidades ordinárias de ação sobre o mundo. A rede de relações, normalmente tensionadas, entre coisas e pessoas, processos e resultados, indivíduos e instituições, ditou (e dita) a marcha da expressão do trabalho em sua essência, e de sua correlata figuração normativa.” (NICOLI, 2016, p. 23)



André de Carvalho Ramos consolida sob os estudos dos Direitos Humanos e define a proteção dos direitos essenciais do ser humano no plano internacional e recai em três sub ramos específicos do Direito Internacional Público que se integram: o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), o Direito Internacional Humanitário (DIH) e o Direito Internacional dos Refugiados (DIR). A inter-relação entre esses ramos é a seguinte: ao DIDH incumbe a proteção do ser humano em todos os aspectos, englobando direitos civis e políticos e direitos sociais, econômicos e culturais; já o DIH foca na proteção do ser humano na *situação específica* dos conflitos armados; por fim, o DIR age na proteção do *refugiado*, desde a saída do seu local de residência, o trânsito de um país a outro, concessão do refúgio no país de acolhimento e seu eventual término. (RAMOS, 2014, p. 136)

Pois bem, o Direito dos Refugiados possui diversos pontos convergentes aos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como é o caso do *princípio da proibição da devolução (ou proibição do rechaço – non-refoulement)*, que consta da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 (art. 33) e simultaneamente da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura (art. 3) e da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 22.8 e 9), sem contar o dever dos Estados de tratar com dignidade o solicitante do refúgio, o que é espelho do dever internacional de proteger os direitos humanos (previsto na Carta da ONU). (RAMOS, 2014, p. 136.)

Nesta perspectiva, cumpre tecer que a livre circulação de trabalhadores, desenvolvido por Pereira (2012, p. 110), tem enorme relevância para este tema, uma vez que referida autora procurou demonstrar que a análise jurídica-dogmática precisa priorizar a análise das formar históricas de exploração e da exclusão e incorporar alternativas ao trabalhador imigrante, bem como explica que o fenômeno migratório tem raízes nas diversas etapas de outro fenômeno: a colonização e suas faces.

“A colonização é um projeto totalizante cujas forças motrizes poderão sempre buscar-se no nível do colo: ocupar um novo chão, explorar os seus bens, submeter os seus naturais” (BOSI, 1992, p. 15). Perfila este entendimento Mike Davis (2002) identificando que



colonialismo é sinônimo de imperialismo e que instauram, simultaneamente, uma divisão da humanidade – entre Primeiro Mundo e Terceiro Mundo; entre os que têm e os que não têm – e ocasionaram o que chamado holocaustos coloniais.

Soares Filho (2007, p. 184) continua a consideração de que a afirmação e proteção dos direitos sociais em nível mundial apontam para o sentido de uma cidadania supranacional, que representará um contraponto vigoroso à globalização econômica.

É o mesmo autor quem lembra que concomitantemente a uma cidadania política há uma cidadania social ou laboral, caracteriza esta pela participação do trabalhador enquanto força de trabalho, beneficia-se das vantagens decorrentes da segurança e bem estar tanto no trabalho quanto na segurança e bem estar. Ademais, este trabalhador se beneficia como agente do processo produtivo. (SOARES FILHO, 2007, p. 193)

A princípio, enfrentar uma posição teórica a fim de investigar determinada questão significa enfrentar princípios que permeiam as diferentes teorias. Trata-se, dessa forma, de uma decisão sobre um caminho mais largo que se enlaçam paradigmas distintos de concepções de homem, de cultura e de sociedade. Faz-se necessário um aprofundamento de base filosófica para definir uma postura teórica e metodológica que se possa ver o objeto de estudo.

3 ASPECTO NORMATIVO ACERCA DOS REFUGIADOS ECONÔMICOS E AMBIENTAIS

Através da análise de textos jurídicos que tratam sobre o tema refugiados econômicos, verifica-se que o assunto não ocupa grande espaço na doutrina jurídico-trabalhista. Questiona-se se será necessária a adaptação das normas trabalhistas às mudanças ocorridas no mundo do trabalho e que, por isso, devem positivar as transformações econômicas e sociais ocorridas nas últimas décadas.

A Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados foi concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951, e adotada pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários



sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, convocada pela Resolução n. 429 (V) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1950. O Brasil, por sua vez, criou o Estatuto dos Refugiados sob o auspício da Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997 que define mecanismos para a implantação do Estatuto acima e no seu capítulo III trata do exercício de empregos remunerados. Então, questiona-se se estes marcos legais são suficientes para abarcar toda a classe trabalhadora que se encontra em situação de refúgio e as suas diversas implicações sociais.

Neste sentido, o Direito Internacional do Trabalho surgiu com a organização Internacional do Trabalho. Assevera Andrade (2005, p. 266) que através das chamadas Conferências Internacionais possibilitaram elaborar o seu arcabouço teórico e produzir uma estrutura dogmática que legou ao mundo jurídico uma formação normativa de proteção em todos os continentes. Continua esse mesmo autor que esse acervo cultural construído pela OIT (Organização Internacional do Trabalho) contribuiu para superação de barreiras e limites doutrinários provenientes da clássica noção e divisão entre Direito Internacional Público e Privado, impregnados da concepção liberal que marcaram os séculos XIX e XX.

Merece uma abordagem da eficácia da norma internacional a respeito dos refugiados na condição de trabalhador. Neste sentido Andrade (2005, p. 267) analisa sob uma importante perspectiva este tema:

“Acontece que a doutrina da OIT também foi traída pela desconstrução da Sociedade Industrial e merece ser revista, sobretudo no âmbito do Direito Individual. As últimas publicações dessa instituição já mencionam esta mudanças, como todas as esferas desse conhecimento, também a OIT encontra-se atônita e buscando alternativas para compreender, explicar e transformar esse quadro desolador.”

Verificado que a Convenção de 1951 não dispõe na sua disposição os refugiados econômicos, fato que implica em enorme dilema a essa classe populacional que precisa ser amparada diante da sua enorme fragilidade. Por tudo isto, face ao caminho percorrido sobre as normas aplicáveis internacionalmente e nacionalmente, sob quais fundamentos teóricos pode-se propor uma nova visão das relações de trabalho no que se refere aos



refugiados econômicos e ambientais para que se possa compreender esse fenômeno adequadamente?

4 PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA QUE PERMEIA AS RELAÇÕES DE TRABALHO E IMPACTAM OS REFUGIADOS ECONÔMICOS E AMBIENTAIS

Um importante teórico que contribui de forma a aprimorar a luta prática de transformações sociais é Boaventura de Souza Santos e explica as diversas implicações para a investigação sociológica, através do entendimento de que a normatividade laboral é resultado da correlação de forças sociais, em sentido amplo, ao ser causa e consequência das lutas e conflitos sociais, fazendo o trânsito sócio-político-jurídico dessas relações sociais marcadas pelas diferenças de poder e pelas lutas de classe. Dessa forma, a normatividade laboral reflete os modelos sócio-políticos dominantes de que resulta seu entendimento como fato político-social. Também se admite como princípio a relação de interioridade e de interdependência existente entre as regulações políticas, jurídicas e sociais no mundo laboral. (SANTOS, 2011, p. 259.)

Para Ricardo Antunes, considerar uma vida cheia de sentido, na esfera do trabalho, é absolutamente diferente de “dizer que uma vida cheia de sentido se resume exclusivamente ao trabalho, o que seria um completo absurdo”. (ANTUNES, 2006, p. 146). Ou seja, a partir do trabalho autodeterminado, autônomo e livre, dotado de sentido, que tenha como referência decisiva a arte, a poesia, a pintura, a literatura, a música, o “uso autônomo e livre e da liberdade que o ser social poderá se humanizar e se emancipar em seu sentido mais profundo” (*Ibidem*, p. 143).

O trabalho visto dessa maneira é completamente diverso do que foi dito acerca da militarização da disciplina no trabalho a partir de Max Weber. Segundo Richard Sennet, é a Weber que devemos uma análise da militarização da sociedade civil no fim do século XIX, ou seja, corporações funcionando cada vez mais como exércitos, todos tinham seu lugar e cada lugar, uma função definida. Na Alemanha de Otto Von Bismark, este modelo militar



iniciou sua aplicação às empresas e instituições da sociedade civil, sobretudo, em nome da paz e da preservação da revolução. Eram estes os fundamentos da política do capitalismo social. “Por mais pobre que seja o trabalhador, que sabe que ocupa uma posição bem estabelecida, estará menos propenso a se revoltar que aquele que não tem uma noção clara de sua posição na sociedade.” (SENNET, 2006, p. 27-28.)

O filósofo e sociólogo francês André Gorz perpassa a filosofia grega para chegar ao que chamou de trabalho enquanto invenção característica da modernidade e, por isso, se refere a Marx, Weber e Durkheim.

Quando se analisa as posições teóricas de Marx, Weber, Durkheim tratando a respeito dos sentidos do trabalho humano na organização fabril da era moderna, encontram-se semelhanças de posicionamentos, embora tenham proposições teóricas completamente diferentes.

Marx afirma que a indústria moderna modificou a pequena oficina do antigo mestre da corporação patriarcal na grande fábrica do industrial capitalista. Então, como soldados da indústria, estão sob a vigilância de uma hierarquia completa de oficiais e suboficiais. Não são somente escravos do Estado burguês, mas também diariamente, escravos da máquina, do contramestre e, sobretudo, do dono da fábrica. “E esse despotismo é tanto mais mesquinho, odioso e exasperador quanto maior é a fraqueza com que proclama ter no lucro seu objetivo específico.” (MARX, K.; Engels, F., 1953, p. 27.)

Já o sociólogo Durkheim não supera a noção de classe assalariada, porém pretende imprimir um caráter humanitário a essa relação, mediante o que passou a chamar de solidariedade orgânica.

“Numa palavra, para que a força coercitiva do contrato esteja completa, não basta que tenha sido objecto de um consentimento expresso; deve ainda ser justo, e não é justa apenas por ter sido verbalmente consentida... Sem dúvida, seu mérito desigual fará que os homens ocupem situações desiguais na sociedade... Toda superioridade tem o seu reverso sobre a maneira como os contratos se estabelecem; se portanto ele não está ligado à pessoa dos indivíduos, aos seus serviços sociais, ele falseia as condições morais da troca. (...) Por outras palavras, não pode haver ricos e nobres por nascimento sem que haja contratos injustos.” (DURKHEIM, 1991, p. 178-180)



Então, realizar uma análise da flexibilização das relações de trabalho, baseado nesses pressupostos que visam desvendar “os sentidos do trabalho” no contexto da “cultura e poder das organizações”, permite uma nova visão sobre o fenômeno em que o considere como consequência da desconstrução de uma forma de trabalho que se instituiu na era fordista. Principalmente num cenário dos trabalhadores refugiados que já se encontram com dificuldades diversas para possibilitar a criação de interculturação na sociedade que os acolhe numa perspectiva intergeracional mais que transnacional.

Então, neste cenário permeado de modificações organizacionais busca-se entender como os refugiados encontram-se nas suas variadas diversidades e na intercomunicabilidade diante desta cultura do poder das organizações.

Michael Foucault explica que é imprescindível enfrentar as teorias de soberania que consagram e ocultam o pluralismo das relações de dominação e propõe uma reviravolta: o discurso do direito, centrado na soberania deveria estar centrado na dominação no sentido de problematizar esse pensamento do Direito, “em torno da soberania, das normas jurídicas, do direito positivo e das visões procedimentais e legitimadoras do pós-positivismo (ANDRADE, 2014, p. 76).

Então, observa-se que o direito do trabalho atualmente encontra-se em um processo de revisão de seus fundamentos, aos quais não respondem a modificações de uma sociedade industrial para uma sociedade pós-industrial e apresenta o desemprego estrutural e inúmeras modalidades de trabalho não acolhidos pela dogmática jurídica, além de grande número de excluídos, no mundo identificado como refugiados econômicos.

5 FUNDAMENTOS DA TEORIA SOCIAL CRÍTICA NO CENÁRIO DESTA GRUPO VULNERÁVEL

Da contextualização encaminhada, é possível afirmar que a teoria jurídico-trabalhista não consegue ir além de uma interpretação dogmático-legislativa, numa



perspectiva sócio-laboral que surge como resposta ao processo de globalização o qual tem contribuído para a restrição de direitos dos trabalhadores, através da flexibilização e desregulamentação do direito do trabalho de forma muito profunda sobre os refugiados econômicos e ambientais. Assim, pode inferir que o direito laboral antes concebido para dar respaldo a uma sociedade do trabalho baseada no contrato de trabalho subordinado, dependente e por conta alheia, atualmente, não mais atende aos anseios da sociedade pós-moderna.

Neste sentido, inclusive, construiu-se a norma a tratar dessa temática, a Convenção de 1951 que não abrange os refugiados econômicos nem os ambientais, porém a proteção dos direitos humanos deve-se revestir e efetivar-se, para além das fronteiras estatais, numa abrangência internacional a fim de conferir efetividade a esses direitos e, em especial, aos direitos sociais e laborais.

Embora haja profundas divergências entre os sociólogos, economistas, historiadores, assistentes sociais, dentre outros, se incluem no que passou a chamar de teoria social crítica, não necessariamente aquela fundada pela Escola de Frankfurt, que, de profundo, se destaca em suas análises e propostas é exatamente a repulsa à subordinação da força de trabalho ao capital, ao trabalho recepcionado pela doutrina trabalhista como trabalho livre. (ANDRADE, 2014, p. 108)

Salienta-se essencial os fundamentos do novo direito do trabalho para a consolidação de um patamar de garantias para todos os trabalhadores, especialmente em espaços em que se desenvolvem processos de desconstrução econômica que promove a imigração e migração de pessoas sem condições de exercer atividade laboral em busca de melhores condições de vida como os refugiados advindos de sequelas econômicas que assolam o Brasil e o mundo.

Pois bem, no campo do Direito do Trabalho as mudanças advindas do surgimento da chamada Sociedade Pós-Moderna, a partir da Teoria Social Crítica. A decisão por princípios teórico-metodológicos da Teoria Social Crítica emerge da busca de problematizar o próprio objeto investigado que se distancia e se posiciona em divergência



da teoria tradicional por ser acrítica e neutra. Trata-se de uma opção teórico-metodológica consciente das raízes filosóficas que se elegem duas vertentes de pensamento crítico contemporâneo, a ética e a cultura, conforme suas palavras transcritas a seguir: (ANDRADE, 2005, p. 346)

“Na medida em que se observa a sociedade, em sua forma dinâmica, é possível distanciar-se do determinismo historicista, do abstracionismo metafísico e da neutralidade positivista, a fim de buscar uma transcendência à totalidade social concreta, a partir de uma prática real de consciência da mediação do sujeito e do objeto através do processo social.” (ANDRADE, 2005, p. 346)

Então, para se compreender os dilemas epistemológicos que envolvem o Direito do Trabalho, se verifica que através dos fundamentos tradicionais não seria possível entender em profundidade a atuação do Direito do Trabalho, e, neste tema específico se precisa ampliar o objeto do Direito do Trabalho a fim de acolher adequadamente este grupo.

A respeito da crise que atinge o mundo do trabalho, seus organismos sindicais e partidários, ainda não foram de todo assimiladas as proporções, simultaneamente atingiu a materialidade e subjetividade do ser-que-vive-do-trabalho. Foram inúmeras as transformações vivenciadas nas últimas décadas atingindo centralmente os países capitalistas desenvolvidos, mas com fortes repercussões no conjunto de países do Terceiro Mundo, advindos da mundialização e globalização do capital, em especial aqueles como o Brasil dotados de um significativo parque industrial. (ANTUNES, 2014, p.166)

Pois bem, neste contexto cumpre identificar o enorme papel do sindicalismo que não permaneceu imune a estas tendências: diminuíram as taxas de sindicalização nos EUA, Japão, França, Itália, Alemanha, Holanda, Suíça, Reino Unido, entre outros. Com o aumento da distância entre operários estáveis e precários, parciais, reduz-se fortemente, o poder dos sindicatos, historicamente vinculados aos primeiros e incapazes, até o presente, de incorporar os seguimentos não estáveis da força do trabalho. Na década de 1980 houve uma redução do número das greves em vários países do centro. O número de casos de corporativismo, xenofobia, racismo aumenta no seio da própria classe trabalhadora,



atingindo, portanto a crise do sindicalismo desde os países mais avançados até os países subordinados. (ANTUNES, 2014, p.169)

No aspecto das correntes de pensamento que tratam da “cultura e do poder das organizações” conduzem suas críticas à organização hipermoderna, como uma organização-droga, amada e detestada, ao mesmo tempo, bem como na tentativa de esclarecer os meios e os modos de produção capitalista e os meios e os modos de exploração da força de trabalho a eles vinculados. A organização se torna, portanto, objeto de identificação e amor. Busca-se questionar aquela categoria de trabalho, o trabalho livre/subordinado, e apontar novas alternativas para o trabalho humano. (ANDRADE, 2014, p. 104.)

Max Pagès permeia uma compreensão questionadora dessas teorias que implica em reconhecer seus vínculos e relações entre o econômico, o político, o ideológico e o psicológico. As empresas, através do processo organizativo, difundem suas ideologias e por meio de certas práticas e métodos conseguem a adesão de seus membros. Uma mudança de organização só será possível por meio da compreensão da natureza das relações inconscientes pelas quais os indivíduos se unem à organização. (ANDRADE, 2005, p. 112)

Em consequência da globalização econômica e do trabalho surge uma nova experiência de uma globalização jurídica, tanto decorrente da luta operária quanto por meio de uma reconfiguração da própria OIT e das regras supra estatais formuladas na Comunidade Europeia, no Mercosul e, através dos movimentos emancipatórios e contra-hegemônicos. Tudo isso, como exigência de novos padrões de dogmática que a crise alcança, inclusive nos países que João Maurício considera política e economicamente dominantes. (ANDRADE, 2014, p. 163.)

Analisar o contexto normativo e sociológico a partir da reformulação dos fundamentos do direito do trabalho, baseado na Teoria Social Crítica busca-se compreender refugiados econômicos como consequência de um modelo político-econômico excludente em um cenário de crise humanitária e promover uma orientação



para a construção da cidadania e dignidade, também entendendo em que medida o Brasil adota políticas públicas de acolhimento, de modo a conferir maior efetividade aos direitos sociais e laborais, especialmente a essa população vulnerável mundialmente.

6 PROPOSIÇÕES QUE PROMOVEM UMA EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO SOCIAL

Cumpre mencionar que sobre a consciência de classe, contribuindo na luta da classe trabalhadora, bem como adentra nos movimentos sociais a auxiliar a fundamentação teórica da presente pesquisa. Só que no tocante aos refugiados os empenhos para promover o empoderamento e sentimento de pertencimento são inúmeros, o que, de pronto, configura um fato a ser posto como meta para promover a aglutinação dos trabalhadores e, assim, tornar concreto o movimento emancipatório e contra-hegemônico.(MONTAÑO e DURIGUETTO, 2011, p. 105)

Nesta seara explica-se que os sujeitos que “adotam” uma ideologia construirão uma visão determinada de mundo, da sua própria realidade e de si próprio, bem como uma maneira de agir perante os fatos imediatos e, como expressões são a “ideologia burguesa”, a “ideologia proletária”, a “ideologia religiosa”, até o *American Way ofLife* (“o modo americano de vida”). (MONTAÑO e DURIGUETTO 2011, p. 105)

Tais aspectos subsidiam a perspectiva dos refugiados como classe trabalhadora ou como pessoas que precisam ser acolhidas pela sociedade a partir da rede de uma efetiva proteção social. Assim, salienta-se a importância de traçar perspectivas para este grupo vulnerável no contexto social.

Diante deste grave quadro, a OIT enfatiza no relatório de práticas e princípios, cuja adoção no trato das migrações é recomendada que se faz necessário a adoção *do rights-based approach to labour migration*, ou seja, uma abordagem baseada em direitos para imigração laboral, como alternativa à via de repressão exclusiva. Dessa forma, deve-se



conceder preferência ao desenvolvimento de políticas públicas que prestigiem a dimensão humana envolvida nas migrações irregulares (NICOLI 2011, p. 118-119)

Nestes termos, um importante aspecto a ser estudado que propõe formas prospectivas trata-se da necessidade de criação de um fundo público internacional a partir da taxação do fluxo financeiro internacional como objetivo de subsidiar recursos financeiros a nível internacional aos refugiados e possibilitar uma verdadeira inserção a partir da geração de recursos que possam subsidiar políticas públicas e promover uma efetiva proteção social. E tal aprofundamento respalda-se na obra *O Direito da Seguridade Social e da Previdência Social: A Renda Universal Garantida, a Taxação dos Fluxos Financeiros Internacionais e a Nova Proteção Social*, de Juliana Teixeira Esteves (2015).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste cenário de guerra e destruição de condições humanas em países que foram explorados historicamente, promove-se aos seus cidadãos, movido pelo medo da fome e dependente de recompensas materiais, a induzir para que se dediquem a qualquer trabalho todos os esforços de sua capacidade física, só que para isso, precisa ultrapassar fronteiras físicas e culturais profundas. Além disso, não podemos desconsiderar os refugiados ambientais que se vêem obrigados a abandonar o seus países em extrema situação de pobreza em decorrência de uma catástrofe ambiental ou ainda à falência das condições de trabalho por escassez do meio ambiente. Então, faz-se necessário estudar os aspectos teóricos relativos ao tema, bem como o panorama do refúgio no Brasil visando uma reflexão crítica a respeito de como se dá a sua recepção e inserção no âmbito do trabalho.

Pois bem, entender como o Direito do Trabalho e a Convenção de 1951, sob a ótica da Teoria Social Crítica acolhe pessoas nesta situação de vida e sua repercussão não só naquele país de origem, mas no mundo visa à promoção de sua dignidade de vida.



Então, faz-se necessário compreender as dificuldades que impactam a condição de refugiados no sentido das diferenças de todo aporte cultural que envolve tanto a sociedade que acolhe quanto para o próprio refugiado. Mais ainda, as perspectivas de políticas sociais e culturais que possibilitam a realização de uma inclusão desta classe trabalhadora vulnerável no mundo. Assim, reflete-se sobre quais garantias promovem um mínimo de dignidade a este grupo vulnerável, como a implantação de uma renda universal garantida através da taxação de fluxos financeiros internacionais pode gerar um fundo público para efetivar uma proteção social a estes refugiados.

Por tudo que foi exposto, é relevante propor uma nova visão sobre o acolhimento em suas diversas searas, desde a normatização até a ingerência de políticas estatais acerca dos refugiados econômicos e ambientais que leve em consideração a crítica na forma de abordagem do Direito do Trabalho com o objetivo de criar um repertório hermenêutico estruturante a efetivar os direitos sociais a esse grupo fragilizado socialmente no mundo, especialmente no aspecto de sobrevivência que é o espectro do direito do trabalho e, além, para atingir uma real proteção social. Essa é uma responsabilidade dos Estados assumida a partir da centralidade da dignidade humana, assim como das instituições supranacionais criadas com a preocupação de conferir condições de vida aos cidadãos de quaisquer regiões do globo.

Diminuir as desigualdades no mundo e promover oportunidades de vida digna também devem ser o foco dessas ações, com vistas a minimizar os efeitos danosos do capitalismo que proporciona um exército de miseráveis dispostos a abandonar suas regiões, famílias, historicidade e afetos para tentar minimamente sobreviver em outras áreas, onde serão igualmente explorados.

REFERÊNCIAS

ALVES, Thais Maira e DIAS, Ricardo Henrique Almeida. 2017. <<http://portalintercom.org.br/anais/sul2017/resumos/R55-0188-1.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2017.



ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do Trabalho e Pós-modernidade: Fundamentos para uma teoria geral.** São Paulo: LTR, 2005.

_____. **O direito do trabalho na filosofia e na teoria social crítica.** Os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações. São Paulo: LTr, 2014.

_____. **Princípios de Direito do Trabalho.** Fundamentos teórico-filosóficos. São Paulo: LTr, 2008.

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho:** ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho. São Paulo: Cortez, p. 2014

_____. **Os sentidos do trabalho: ensaios sobre a afirmação e a negação do trabalho.** São Paulo: Boitempo, 2006.

BOSI, Alfredo. **Dialética da Colonização.** São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 15.

CUNHA, Ana Paula da. **O Direito Internacional dos Refugiados em xeque:** refugiados ambientais e econômicos. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/dint/article/view/13766>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

DAVIS, Mike. **Holocaustos coloniais:** clima, fome e imperialismo na formação do terceiro mundo. Rio de Janeiro: Record, 2002.

DURKHEIM, Emile. **A divisão do trabalho social, vol. II.** Lisboa: Editorial Presença, 1991.

ESTEVES, Juliana Teixeira. **O Direito da Seguridade Social e da Previdência Social.** A Renda Universal Garantida, a Taxação dos Fluxos Financeiros Internacionais e a Nova Proteção Social. Recife: Editora UFPE, 2015.

MARX, K.; Engels, F. **Manifesto do Partido Comunista.** In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Obras escolhidas, vol. I São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1953.

MONTAÑO, Carlos e DURIGUETTO, Maria Lúcia. **Estado, classe e movimento social.** São Paulo: Cortez, 2011.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **A condição Jurídica do trabalhador imigrante no Direito Brasileiro.** São Paulo: LTr, 2011.

_____. **Fundamentos de direito internacional social.** São Paulo: LTr, 2016.

PEREIRA, Maria Clara Bernardes. **A Livre Circulação de Trabalhadores no âmbito da Comunidade Europeia e do Mercosul:** para além da doutrina jurídicotrabalhista tradicional centrada no trabalho subordinado e no sindicalismo reformista. 2012. f. 179. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, Érika Pires. **Refugiados ambientais:** em busca de reconhecimento pelo Direito Internacional. 2011. f. 150. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ROCHA, Rossana Reis e MOREIRA, Julia Bertino. **Regime Internacional para refugiados:** mudanças e desafios. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/238/23816092003/>>. Acesso em 04 nov. 2017.



SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **A globalização e as Ciências Sociais.**São Paulo: Cortez, 2011.

SENNET, Richard. **A cultura do novo capitalismo.** Rio de Janeiro: Record, 2006.

SOARES FILHO, José. **Sociedade Pos-Industrial. Os impactos da globalização na Sociedade, no Trabalho, na Economia e no Estado.** Curitiba: Juruá, 2007.

UNHCR ACNUR. **Agência da ONU para Refugiados.** Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/>>. Acesso em 05 nov. 2017.





A EXPLORAÇÃO DO TRABALHADOR IMIGRANTE CLANDESTINO, NO CONTEXTO DA REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL:

**PARA UMA VISÃO ANALÍTICA ARTICULADA COM OS
NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS E AS TEORIAS
DOS MOVIMENTOS SOCIAIS**

.....

Ariston Flávio Freitas da Costa
Maria Clara Bernardes Pereira
Tieta Tenório de Andrade Bitu

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar o impacto dos deslocamentos de trabalhadores imigrantes clandestinos a partir da aprovação da reforma trabalhista no Brasil.

Pretende articular o tema a partir da hipótese de que as transformações político-econômicas ocorridas no capitalismo no final do século XX, decorrentes do fenômeno da reestruturação produtiva, tem alterado a forma de ser da classe trabalhadora e a ação sindical.

Em outras palavras, para compreender os deslocamentos de trabalhadores imigrantes clandestinos é necessário inseri-lo no contexto da reestruturação produtiva e da mundialização do capital que, nas últimas décadas do século XX, tem assumido uma nova configuração, repercutindo nos mecanismos que comandam seu desempenho e sua regulação.

O artigo está dividido em quatro partes. A primeira parte expõe os principais fundamentos da reforma trabalhista vigente no Brasil. A segunda demonstra as principais versões das teorias jurídico-trabalhistas que buscam justificar/explicar as alterações da legislação do trabalho, no contexto da flexibilização das normas trabalhistas. A terceira parte expõe as transformações político-econômicas ocorridas no capitalismo nas últimas décadas do século XX que tem transformado a forma de ser da classe trabalhadora e a



ação sindical. Por fim, a quarta parte refere-se ao impacto dessas transformações político-econômicas nos deslocamentos forçados de trabalhadores imigrantes, visando articular o tema a partir dos novos movimentos sociais e das teorias dos movimentos sociais.

2 OS FUNDAMENTOS DA REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL

A reforma trabalhista implementada no Brasil pode ser dividida nos seguintes grandes temas: condições de trabalho, organização sindical, negociações coletivas e justiça do trabalho.

Seus fundamentos podem ser sintetizados nos seguintes aspectos: a) revogação do Princípio da Proteção, reduzindo a proteção do Estado aos trabalhadores e aumentando o poder das empresas nas relações de trabalho; b) redução do poder de negociação e contratação coletiva dos sindicatos; c) autorização para o rebaixamento de direitos previstos em lei, através da prevalência do negociado sobre o legislado; d) ampliação da participação de contratos atípicos e do trabalho autônomo; e e) forte restrição à atuação e ao poder normativo da Justiça do Trabalho, bem como ao acesso dos trabalhadores ao judiciário trabalhista.

3 A FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS NO ÂMBITO DAS TEORIAS JURÍDICO-TRABALHISTAS

Pretende-se analisar o tema da flexibilização das normas trabalhistas a partir das duas principais vertentes teóricas do direito do trabalho: a teoria clássica do direito do trabalho e a escola crítica do direito do trabalho.

3.1 TEORIA CLÁSSICA DO DIREITO DO TRABALHO

Através da análise de textos jurídicos, pertencentes à chamada teoria clássica do direito do trabalho que tratam sobre o tema, as expressões “flexibilização das normas



trabalhistas”, “flexibilização do direito do trabalho”, ou, ainda, “flexibilização das condições de trabalho”, designam “um contexto de mudanças da legislação trabalhista, arraigado, sobretudo, na discricionariedade dos atores sociais sob a aplicação dos dispositivos legais, autorizando que o conteúdo normativo possa sofrer uma diminuição de significado, reduzindo o seu teor de proteção da massa proletária.”¹

Para o jurista Amauri Mascaro Nascimento, a flexibilização do direito do trabalho “é o afastamento da rigidez de algumas leis para permitir, diante de situações que o exijam, maior disponibilidade das partes para alterar ou reduzir os seus comandos.” (NASCIMENTO, 2003, p. 67)

Há autores que defendem a adaptação das normas trabalhistas às mudanças ocorridas no mundo do trabalho e que, por isso, devem positivar as transformações econômicas e sociais ocorridas nas últimas décadas do século XX e primeiras décadas do século XIX. Consideram, ainda, que a flexibilização dessas normas é uma consequência do desenvolvimento tecnológico.

Um desses autores é o professor Sérgio Pinto Martins.

A tendência da flexibilização é decorrência do surgimento das novas tecnologias, da informática, da robotização, que mostram a passagem da era industrial para a pós-industrial, revelando uma expansão do setor terciário da economia. Assim, deveria ter uma proteção ao trabalhador em geral, seja ele subordinado ou não, tanto o empregado como também o desempregado. É nesse momento que começam a surgir contratos distintos da relação de emprego, como contratos de trabalho em tempo parcial, de temporada, de estágio etc.

A flexibilização das normas do Direito do Trabalho visa assegurar um conjunto de regras mínimas ao trabalhador e, em contrapartida, a sobrevivência da empresa, por meio da modificação de comandos legais, procurando outorgar aos trabalhadores certos direitos mínimos e ao empregador a possibilidade de adaptação do seu negócio, mormente em épocas de crise econômica. (MARTINS, 2012, p. 27-28).

¹PEDRO, Bruno Lessa Pedreira São. **Flexibilização do Direito do Trabalho: avanço ou retrocesso?**. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12742> Acesso em 08 set. 2017.



Para o jurista Arnaldo Süssekind (2011, p. 270) a flexibilização deve ter por objetivos “a) o atendimento às peculiaridades regionais, empresariais ou profissionais; b) a implementação de nova tecnologia ou de novos métodos de trabalho; c) a preservação da saúde econômica da empresa e dos respectivos empregos.”

Ainda segundo Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 271), existem correntes que classificam a flexibilização. A primeira delas é a flexibilista que revela a necessidade de adaptação do direito do trabalho à realidade atual. A segunda corrente, a antiflexibilista, que declara que a flexibilização pode agravar a condição dos hipossuficientes sem contribuir para o fortalecimento das relações de trabalho. Por fim, a corrente semiflexibilista que determina que a flexibilização deve começar pela autonomia coletiva por meio de negociações coletivas, para evitar riscos.

Acrescenta ainda que a flexibilização das normas trabalhistas é a corrente de pensamento segundo a qual as necessidades de natureza econômica justificam a postergação dos direitos dos trabalhadores, como a estabilidade no emprego, as limitações da jornada de trabalho, novas formas de contratação do trabalho prevalecendo o interesse unilateral das empresas e o afastamento sistemático do direito adquirido, entre outros direitos. (Idem: 271).

Ao analisar os textos desses autores, verifica-se que o tema da flexibilização é tratado sem contextualizá-lo às mudanças ocorridas na organização do trabalho, na forma como o trabalho se dá no interior das organizações. Além disso, não o analisa à luz das transformações político-econômicas ocorridas no final do século XX.



3.2 A ESCOLA CRÍTICA DO DIREITO DO TRABALHO: A NECESSIDADE DE RECONFIGURAÇÃO DO OBJETO DO DIREITO DO TRABALHO – O TRABALHO LIVRE/SUBORDINADO

Durante a trajetória acadêmica nos últimos quinze anos, o professor Everaldo Gaspar Lopes de Andrade procurou problematizar, refutar e propor gnosiologicamente novos fundamentos para o Direito do Trabalho.

[...] compõe uma trilogia que se propõe, a partir de novas pautas hermenêuticas, a avançar nas pesquisas e formulações teórico-filosóficas envolvidas o trabalho e suas dimensões para, em seguida, desconstruir a versão consolidada pelo Direito do Trabalho que elegeu, como a priori de suas teorizações, uma única forma de trabalho ou de labor: o trabalho livre/subordinado/assalariado. (ANDRADE, 2017, p.88)

Aquele jurista, em sua última obra, “O Direito do Trabalho na Filosofia e na Teoria Social Crítica: os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações”, recorre à história da filosofia para enfrentar a ambiguidade da aporia trabalho livre e, ao mesmo tempo, subordinado, “para demarcar adequadamente o momento em que entra em cena o primitivo liberalismo que se forjou, sobretudo na Inglaterra e na Holanda, e os impactos do individualismo, que penetrou e se espalhou por meio desta filosofia, a partir do século XVIII”.(Idem: 91)

O autor assume o afastamento da concepção forjada pela Escola de Frankfurt para se aproximar definitivamente da versão marxiana e dialética do direito.

Neste sentido, o cenário que se forja a partir do século XVIII inaugura uma nova concepção de mundo, segundo os sociólogos clássicos – Marx, Weber e Durkheim –, centrada na subordinação da força de trabalho ao capital. No entanto,

as evidências empíricas e analíticas reveladas pela teoria social crítica contemporânea revelam que o trabalho livre/subordinado não é mais o locus privilegiado da sociabilidade e que, por outro lado, é preciso destacar o trabalho como ontologia do ser social centrado na liberdade e não na sua compra e venda, na subordinação. (Idem: 92)



As evidências empíricas e analíticas produzidas pela teoria social crítica tem sido utilizadas por alguns juslaboralistas contemporâneos, que procuram problematizar, desconstruir e refutar o pressuposto do trabalho livre/subordinado para, em seguida, formular, a partir de novas pautas hermenêuticas e outros fundamentos teórico-filosóficos as bases epistemológicas de um novo Direito do Trabalho.

Partem eles, primeiro, das evidências empíricas, para demonstrar que o trabalho livre/subordinado não é mais o centro de referência da vida das pessoas em sociedade, em face das diversas formas e alternativas de trabalho e rendas não previstas no momento em que o Direito do Trabalho adquiriu a sua autonomia, em relação aos demais campos do conhecimento, sobretudo, a partir da supremacia do trabalho clandestino e do desemprego estrutural que afetam mais da metade da população economicamente ativa.

Ao analisar evidências empíricas, presentes em várias pesquisas, afirma Ricardo Antunes que o mundo do trabalho sofreu, como resultados das transformações e metamorfoses em curso nas últimas décadas, um processo de desproletarização e de subproletarização do trabalho, decorrente “das formas diversas de trabalho parcial, precário, terceirizado, subcontratado, vinculado à economia informal, ao setor de serviços, etc. Verificou-se uma “heterogenização, complexificação e fragmentação do trabalho”. Para ele, há um múltiplo processo que envolve a desproletarização da classe-que-vive-do-trabalho e uma subproletarização do trabalho, convivendo, ambas, com o desemprego estrutural. (PEREIRA, 2014, p. 126)

Para reconfigurar o objeto do Direito do Trabalho, após problematizá-lo e refutá-lo, o professor Everaldo Gaspar propõe um corte epistemológico em que pressupõe resgatar a razão do surgimento daquele ramo do conhecimento jurídico que são as lutas operárias. Revela, assim, a negligência praticada pelos estudos voltados ao Direito Coletivo ou Sindical do Trabalho, “embora aqui repouse o tesouro deste campo do conhecimento jurídico. Talvez por isso não seja ele também pesquisado no campo da ética, da retórica e da filosofia”. (ANDRADE, 2017, p. 92)

Aos longos deste anos, tenho procurado incluir esta vertente do pensamento jurídico-trabalhista na esfera dialógica – que pressupõe, para sua validade, a



presença de interlocutores posicionados em condições de simetria e de diálogos que partem de mínimos éticos previamente compartilhados – e, sobretudo, a presença de interlocutores coletivos. (Idem: 92)

Desta forma, inverte a perspectiva da teoria jurídico-trabalhista clássica ao propor a prevalência das relações coletivas de trabalho sobre as relações individuais de trabalho, considerando a diferença teórica que sedimenta ambas as relações: as primeiras que produzem normas – acordos e convenções coletivas de trabalho – produzidas por processo não estatal, possuindo âmbitos de validade – material, pessoal, espacial e temporal; as segundas, cujas normas são elaboradas tanto pelo processo estatal – poderes legislativo e executivo -, como pelo processo não estatal/negocial de formação das normas. (Idem: 94)

Por fim, para viabilizar o desenvolvimento de novos fundamentos para o Direito do Trabalho, o professor Everaldo Gaspar propõe a compreensão das ações coletivas no contexto das teorias dos movimentos sociais, ressaltando a necessidade de “reconstrução dos paradigmas dos movimentos sociais, no âmbito específico das relações coletivas de trabalho”. (Idem: 95)

A teoria jurídico-trabalhista clássica ao tratar sobre os movimentos coletivos historicamente consolidados partem apenas de uma vertente, ao resgatar os movimentos operários forjados nas primeiras décadas do século XIX, sua perspectiva reivindicativa.

Em outras palavras, esta doutrina se manifesta da seguinte forma:

[...] concentra os seus argumentos nas lutas operárias que se desenvolveram no interior das organizações produtivas e que foram responsáveis por conquistas efetivas, tais como: limitação da jornada de trabalho, fixação de uma remuneração mínima e os sistemas de garantia de emprego. Esqueceu-se, no entanto, do paradigma mais importante e sem o qual aquelas conquistas não teriam sido efetivadas – a luta política, emancipatória e contra-hegemônica. (Idem: 95)

Afirma ainda que a ação sindical, a partir das perspectivas marxista ou anarquista, “tinha plena consciência de que a classe burguesa se instituiu, na sua essência, a partir de



um caráter universalista. Veio para ser hegemônica e impor o seu poder em todo planeta, e não em determinados estados ou regiões”. (Idem: 95)

Assim, para aquele professor, a luta sindical deveria se dar em dois caminhos: a reivindicativa, que se daria no interior das organizações produtivas; e a política-revolucionária, direcionada à emancipação social, desenvolvendo-se desde os espaços locais e regionais até o global. Esta última dimensão da ação coletiva foi a negligenciada pela teoria jurídico-trabalhista clássica.

Ao consultar a vasta bibliografia vinculada à teoria social crítica, constatou-se que o pressuposto uniforme do movimentos coletivos é a emancipação social e propõe as seguintes dimensões aos estudos voltados aos movimentos coletivos decorrentes das ações sindicais:

Para restaurar epistemologicamente os estudos direcionados aos movimentos coletivos decorrentes das ações sindicais, é preciso posicionar os estudos acadêmicos nas seguintes dimensões: a) remover as superficialidades encontradas na doutrina dominante, no que se refere àquelas atuações coletivas dirigidas ao interior das organizações, a fim de caracterizá-las a partir de sua memória histórica; b) incluir as ações coletivas de natureza política, dirigidas à emancipação social – da subordinação da força do trabalho ao capital –; c) articular os dois movimentos de natureza propriamente sindical aos demais movimentos libertários que vêm sendo desencadeados atualmente, que têm a mesma natureza emancipatória e que se espalham por todo o planeta. (Idem: 96)

Conclui, portanto, defendendo a necessidade de o Direito do Trabalho “formular uma teoria que estivesse sincronizada com a emancipação da força do trabalho ao capital e não com a sua legitimação e reprodução”, considerando que “mesmo no momento em que este campo do direito entra em crise – como em crise se encontram todos os demais campos do direito por não responderem às aspirações, às demandas e às patologias sociais contemporâneas –, ele está à espera da reorganização e do retorno dos movimentos coletivos”. (Idem: 99)



3.3 A COMPREENSÃO DA ESCOLA CRÍTICA DO DIREITO DO TRABALHO SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS

Para compreender a flexibilização das normas trabalhistas é necessário entendê-la como consequência da desconstrução de uma forma de trabalho originária da era fordista. Para isso utiliza-se uma bibliografia que visa desvendar “os sentidos do trabalho”, expressões utilizadas por sociólogos do trabalho, assistentes sociais e economistas. Assim como será necessário inserir o tema no contexto da “cultura e poder das organizações”, expressões que são utilizadas pela teoria organizacional que caminha pela mesma linha crítica.

“Ambas, no entanto, recepcionadas por cientistas sociais que procuram desvendar os sentidos do trabalho, no contexto da cultura e do poder das organizações, na tentativa de esclarecer os meios e os modos de produção capitalista e os meios e os modos de exploração da força de trabalho a eles vinculados”. (ANDRADE, 2012, p.43).

“Os sentidos do trabalho” buscam questionar aquela categoria de trabalho, o trabalho livre/subordinado, e apontar novas alternativas para o trabalho humano. Essas expressões foram extraídas de uma obra escrita por Ricardo Antunes, “Os Sentidos do Trabalho: ensaios sobre a afirmação e a negação do trabalho”.

Apesar da existência de discussões acadêmicas a respeito da perda de referência sobre a centralidade do trabalho, Ricardo Antunes

[...] admite que o sistema de metabolismo social do capital é originário e resultado da divisão social que desencadeou a subordinação estrutural do trabalho ao capital. Como não apareceu por meio de nenhuma determinação ontológica inalterável, tal sistema de metabolismo social, ‘é, segundo Mészáros, o resultado de um processo historicamente constituído, no qual prevalece a divisão hierárquica que subsume o trabalho ao capital’. (Idem: 44).

Já as correntes de pensamento que tratam da “cultura e do poder das organizações” conduzem suas críticas à organização hipermoderna, como uma organização-droga, amada e detestada, ao mesmo tempo. A organização se torna, portanto, objeto de identificação e amor. A organização



torna-se, para o empregado, a fonte de prazer e, ao mesmo tempo, alimenta e fixa sua angústia, por tornar-se dependente dela, no sentido pleno da palavra. Segundo Pagès, Bonetti, Gaulejac e Descendre (1987), isso 'não apenas para a sua existência material, mas também para a integridade de sua própria identidade. A transação entre o indivíduo e a organização funciona através desse par ambivalente: o prazer e a angústia'. (Idem: 49).

Para Max Pagès, uma compreensão questionadora dessas teorias implica em reconhecer seus vínculos e relações entre o econômico, o político, o ideológico e o psicológico. As empresas, através do processo organizativo, difundem suas ideologias e por meio de certas práticas e métodos conseguem a adesão de seus membros. Uma mudança de organização só será possível através da compreensão da natureza das relações inconscientes pelas quais os indivíduos se unem à organização. (Idem: 112).

Outro importante teórico da "cultura e do poder das organizações" é Eugène Enriquez. A partir dele, pode-se compreender as correntes do pensamento organizacional crítico identificando três diretrizes:

- a) Traça ele uma cartografia dessas mesmas teorias conservadoras – desde a teoria clássica da chamada administração científica – Fordismo e Taylorismo – para ir ao encontro das teorias sistêmicas e desvendar o significado da filosofia social positivista e a sociologia funcionalista, com o objetivo de reconhecer a importância e de suas linguagens silenciosas, na formação e disseminação dessas mesmas teorias;
- b) Procura estabelecer a formação ideológica do administrador de empresas, através de uma compreensão crítica das teorias organizacionais;
- c) A partir da reunião de três elementos fundamentais – organização do trabalho, saúde e subjetividade – empreende pesquisas e produção acadêmica centradas noutros marcos teóricos-metodológicos e que apontam para as psicopatologias decorrentes das relações de trabalho subordinadas. (Idem: 50).

A partir da segunda metade do século XX, surgem pesquisas e propostas acadêmicas que tratavam especificamente da "cultura e do poder nas organizações". Exemplo disso são os teóricos Michel Foucault e Herbert Marcuse que interpretaram a sociedade moderna no contexto das relações de trabalho. Daí em diante, a Teoria Organizacional Crítica se fortaleceu.

O psicanalista francês Christophe Dejours "admite que os resultados das recentes pesquisas etiológicas contemporâneas têm confirmado que a deterioração da saúde



mental no trabalho está relacionada à organização do trabalho e às novas estratégias organizacionais".(Idem: 51).

Para o professor Everaldo Gaspar Lopes de Andrade,

Os estudos psicossociais das organizações hipermodernas nos ajudam a compreender, por outro lado, a estrutura do capitalismo flexível, para, em seguida, compreender a flexibilização e a desregulamentação das relações de trabalho. É que a teoria jurídico-trabalhista contextualiza os temas flexibilização e desregulamentação como causa e não como consequência da desconstrução de uma forma de trabalho originário da era fordista. Como não consegue familiarizar-se com uma bibliografia que envolva "os sentidos do trabalho" e a "cultura e poder das organizações" – responsáveis por essa ruptura – apresenta argumentos frágeis superficiais e, no fundo, legitimam essa supremacia, porque não conseguem ir além de uma interpretação dogmático-legislativa. (Idem: 52).

Portanto, realizar uma análise da flexibilização das relações de trabalho, a partir desses pressupostos teóricos que visam desvendar "os sentidos do trabalho" no contexto da "cultura e poder das organizações", permite compreender este instituto jurídico, considerando-o como consequência da desconstrução de uma forma de trabalho que se instituiu na era fordista.

4 A FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS NO CONTEXTO DA REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA

Empreender a análise proposta neste artigo significa também inserir a flexibilização das normas trabalhistas no contexto da reestruturação produtiva.

Caracteriza-se por um período marcado por intensas modificações nos processos de trabalho, nos hábitos de consumo, na atuação do Estado, nas configurações geográficas e geopolíticas etc. Trata-se, portanto, de um período de transição no regime de acumulação e no modo de regulação social e política, referindo-se à passagem da era do fordismo para a da acumulação flexível.

Em um sistema de produção/consumo em massa, como o fordismo, existiam problemas com a rigidez dos investimentos de capital fixo de larga escala e de longo prazo



que impediam a flexibilidade de planejamento e presumiam crescimento estável em mercados de consumo invariantes. Havia, também, rigidez nos mercados de alocação e nos contratos de trabalho. A acumulação flexível é marcada pelo confronto direto com a rigidez do fordismo. Para que esse novo regime de acumulação funcione – assim como é necessário a qualquer outro sistema de acumulação –, é imprescindível fazer com que o comportamento de capitalistas, trabalhadores, funcionários públicos, financistas e demais agentes político-econômicos assumam alguma espécie de configuração que mantenha o regime de acumulação funcionando. A materialização desse regime é representado por meio de normas, hábitos, leis, que vão garantir a unidade do todo do processo. (HARVEY, 1993, p. 117)

Sobre essa transição, expõe Harvey (Idem: 119),

Aceito amplamente a visão de que o longo período de expansão de pós-guerra, que se estendeu de 1945 a 1973, teve como base um conjunto de práticas de controle do trabalho, tecnologias, hábitos de consumo e configurações de poder político-econômico, e de que esse conjunto pode com razão ser chamado de fordista-keynesiano. O colapso desse sistema a partir de 1973 iniciou um período de rápida mudança, de fluidez e de incerteza. Não está claro se os novos sistemas de produção e de marketing, caracterizados por processos de trabalho e mercados mais flexíveis, de mobilidade geográfica e de rápidas mudanças práticas de consumo garantem ou não o título de um novo regime de acumulação nem se o renascimento do empreendedorismo e do neoconservadorismo, associado com uma virada cultural para o pós-modernismo, garante ou não o título de um novo modo de regulamentação. Há sempre o perigo de confundir as mudanças transitórias e efêmeras com as transformações de natureza mais fundamental da vida político-econômica. Mas os contrastes entre as práticas político-econômicas da atualidade e as do período de expansão do pós-guerra são suficientemente significativos para tornar a hipótese de uma passagem do fordismo para o que poderia ser chamado regime de acumulação "flexível" uma reveladora maneira de caracterizar a história recente.

Alain Bihl destaca esse momento como uma ruptura causada pela "crise do regime de acumulação do capital que havia servido de base material para o compromisso fordista". Enfraquecimento, este, que começa a acontecer entre o final da década de 60 e o início da de 70. (BIHR, 1999, p.69).

Para ele, o enfraquecimento do fordismo se dá em razão de quatro fatores. O primeiro deles seria a diminuição dos ganhos de produtividade que se explicaria tanto por



motivos técnicos como sociais pelos métodos tayloristas e fordistas de produção. O segundo fator seria a elevação da composição orgânica do capital:

A obtenção constante de ganhos de produtividade tem como condição uma elevação da composição técnica do capital: da relação entre a massa do trabalho morto (matérias-primas e meios de trabalho) e a do trabalho vivo que ele mobiliza. Ora, se todas as outras coisas permanecem iguais, qualquer elevação de sua composição técnica do capital tende a provocar uma elevação de sua composição orgânica (da relação entre a massa do capital consumido e o valor criado pelo trabalho vivo), mas também um aumento do capital fixo em relação ao capital circulante e, portanto, uma diminuição da rotação de capital, dois fatores que diminuem inevitavelmente a taxa de lucro. (Idem: 70)

O terceiro fator, segundo Alain Bihr, seria a saturação da norma social de consumo: “[...] o fordismo não estava munido para compensar esse aumento da massa dos meios sociais de consumo com um aumento da produtividade do trabalho: tendo concentrado todos os seus esforços na produção em grande escala de bens de consumo privados, escapou-lhe uma boa parte da produção dos meios sociais de consumo.” (Idem: 72)

O quarto fator seria o desenvolvimento do trabalho improdutivo, sobretudo do trabalho que garantia a circulação do capital ou o conjunto das condições sociais, institucionais e ideológicas da reprodução do capital. (Idem: 73)

O sociólogo do trabalho Ricardo Antunes ressalta que:

[...] as mutações em curso são expressão da reorganização do capital com vistas à retomada do seu patamar de acumulação e ao seu projeto global de dominação. E é nesse sentido que o processo de acumulação flexível, com base nos exemplos da Califórnia, Norte da Itália, Suécia, Alemanha, entre tantos outros que se sucederam, bem como as distintas manifestações do toyotismo ou o modelo japonês, devem ser objeto de reflexão crítica. (ANTUNES, 2009, p. 52)

Ricardo Antunes destaca as profundas transformações no mundo do trabalho ocorridas a partir da década de 1980 que foram capazes de atingir a *classe-que-vive-do-trabalho* não só na sua *materialidade* como também na sua *subjetividade*, afetando a sua *forma de ser*. “Novos processos de trabalhos emergem, onde o cronômetro e a produção em série e de massa são ‘substituídos’ pela flexibilização da produção, pela ‘especialização



flexível', por novos padrões de busca de produtividade, por novas formas de adequação da produção à lógica do mercado". (ANTUNES, 2011, p. 24)

O toyotismo entra em cena no capitalismo globalizado, por vezes substituindo o sistema dominante fordista ou mesclando-se a este. Essas formas transitórias de produção acarretarão em desdobramentos no que diz respeito aos direitos do trabalho. Estes podendo ser desregulamentados, flexibilizados, de forma a dotar o capital do instrumental necessário para adequar-se a sua nova fase, substituindo ou eliminando direitos e conquistas históricas dos trabalhadores.

Ricardo Antunes indica alguns dos elementos que considera mais relevantes nessa transição, para posteriormente apontar as repercussões que tiveram no mundo do trabalho. Aponta inicialmente o fordismo como a forma pela qual a indústria e o processo de trabalho se tornaram dominantes durante grande parte do século XX, apresentando os seguintes traços constitutivos: produção em massa, através da linha de montagem e de produtos mais homogêneos; controle dos tempos e movimentos pelo cronômetro taylorista e da produção em série fordista; trabalho parcelar e fragmentação das funções; separação entre *elaboração* e *execução* no processo do trabalho; unidades fabris concentradas e verticalizadas; constituição/consolidação do *operário-massa*, do trabalhador coletivo fabril. (Idem: 24-25)

Harvey admite a existência de uma combinação de processos produtivos, articulando o fordismo com processos flexíveis. Defende ainda que não há nada de essencialmente novo neste caminho para a flexibilização e que não houve significativas transformações no interior do processo de produção do capital. Contudo não se pode deixar de observar os seguintes fatos: a desindustrialização e a transferência geográfica de fábricas; práticas mais flexíveis de emprego do trabalho e a flexibilidade dos mercados de trabalho; a automação e a inovação. (ANTUNES, 2011, p. 29)

Como consequência dessas formulações, Harvey desenvolve sua tese de que a acumulação flexível, *na medida em que ainda é uma forma própria do capitalismo*, mantém três características essenciais desse modo de produção. *Primeira*: é voltado para o crescimento; *segunda*: este crescimento em valores reais se apoia na exploração do trabalho vivo no universo da produção e, *terceira*: o capitalismo tem uma intrínseca dinâmica tecnológica e organizacional. (Idem: 29)



Com isso o trabalho organizado foi minado, aumentando o desemprego estrutural e retrocedendo a ação sindical. Ricardo Antunes expõe alguns traços constitutivos do toyotismo apontando as enormes consequências para o mundo do trabalho (Idem: 32-33):

Seus traços constitutivos básicos podem ser assim resumidos: ao contrário do fordismo, a produção sob o *toyotismo* é voltada e conduzida diretamente pela demanda. A produção é variada, diversificada e pronta para suprir o consumo. É este quem determina o que será produzido, e não o contrário, como se procede na produção *em série* e *de massa* do fordismo. Desse modo, a produção sustenta-se na existência do *estoque mínimo*. [...] Para atender às exigências mais individualizadas de mercado, no melhor tempo e com melhor “qualidade”, é preciso que a produção se sustente num processo produtivo flexível, que permita a um operário com várias máquinas (em média cinco máquinas, na Toyota), rompendo-se com a relação um homem/uma máquina que fundamenta o fordismo. [...] Além da flexibilidade do aparato produtivo, é preciso também a flexibilização da organização do trabalho.

Aponta também que, para a efetiva flexibilização do aparato produtivo, é necessária a flexibilização dos direitos dos trabalhadores, de forma a dispor desta força de trabalho em função direta das necessidades do mercado consumidor. Como o toyotismo se estrutura “a partir de um número mínimo de trabalhadores, ampliando-os, através de horas extras, trabalhadores temporários ou subcontratação, dependendo das condições de mercado. O ponto de partida básico é um número reduzido de trabalhadores e a realização de horas extras”. (Idem: 34)

Para Ricardo Antunes, com a internacionalização das “lições” do toyotismo, houve a tendência de enfraquecimento do *welfarestate*, uma vez que o modelo japonês está muito mais sintonizado com a lógica neoliberal do que com uma concepção verdadeiramente social-democrata.

O risco maior que visualizamos dessa *ocidentalização* do toyotismo é o de que, com a retração dos governos da social-democracia europeia, bem como a sua subordinação a vários pontos da agenda neoliberal, tenderia a haver um encolhimento ainda maior dos fundos públicos, acarretando maior redução das conquistas sociais válidas para o *conjunto* da população, tanto aquela que trabalha quanto a que não encontra emprego. Não é difícil concluir que a “vantagem japonesa”, dada por um “ganho salarial, decorrente da produtividade”, que beneficia uma parcela minoritária da classe trabalhadora no próprio Japão, dar-se-ia reduzindo ainda mais as condições da população trabalhadora que depende dos



fundos sociais. Menos do que *social-democratização* do toyotismo, teríamos uma *toyotização* descharacterizadora e desorganizadora da social-democracia. (Idem: 38)

Acrescenta, ainda, que, " sendo o processo de reestruturação produtiva do capital a base material do projeto ideopolítico neoliberal, a estrutura sob a qual se erige o ideário e a pragmática neoliberal, não foi difícil perceber que desde fins dos anos 70 e início dos 80 o mundo capitalista ocidental começou a desenvolver técnicas similares ao toyotismo". (ANTUNES, 2009, p. 60)

Portanto, para Ricardo Antunes, a "substituição" do fordismo pelo toyotismo não pode ser compreendida como uma nova forma de organização societária sem a presença das mazelas inerentes ao sistema produtor de mercadorias. Nem mesmo deve ser concebido como um avanço em relação ao fordismo e ao taylorismo. (ANTUNES, 2011, p. 39)

Isto porque o estranhamento do trabalho não é eliminado com o toyotismo. Esse estranhamento, caracterizado pela *desidentidade* entre o *indivíduo* e *gênero humano*, continua presente e, até mesmo, mais intensificado com a adoção daquele sistema de produção. "A subsunção do ideário do trabalhador àquele veiculado pelo capital, a sujeição do ser que trabalha ao 'espírito' Toyota, à 'família' Toyota, é de muito maior intensidade, é *qualitativamente* distinta daquela existente na era do fordismo. Esta era movida centralmente por uma lógica *despótica*; aquela, a do toyotismo, é mais *consensual*, mais *envolvente*, mais *participativa*, em verdade mais *manipulatória*". (Idem: 39-40)

Com este "envolvimento cooptado", ocorre a apropriação do *saber* e do *fazer* do trabalho, pois a concepção efetiva dos produtos, a decisão do *que* e de *como* produzir não pertence aos trabalhadores. Não há, portanto, que se falar em *atividade autodeterminada* sob o toyotismo.

Todas essas transformações afetam diretamente o operariado industrial tradicional, repercutindo na forma de *ser* do trabalho, atingindo o universo da consciência, da subjetividade do trabalho, das suas formas de representação.



Os sindicatos estão aturdidos e exercitando uma prática que raramente foi tão defensiva. Distanciam-se crescentemente do *sindicalismo e dos movimentos sociais classistas* dos anos 60/70, que propugnavam pelo *controle social* da produção, aderindo ao acrítico *sindicalismo de participação* e de negociação, que em geral aceita a ordem do capital e do mercado, só questionando aspectos fenomênicos desta mesma ordem. Abandonam as perspectivas que se inseriam em ações mais globais que visavam a emancipação do trabalho, a luta pelo socialismo e pela emancipação do gênero humano, operando uma aceitação também acrítica da social-democratização, ou o que é ainda mais perverso, debatendo no universo da agenda e do ideário neoliberal. (Idem: 40-41)

Alain Bihl também destaca como essas mudanças deixaram o movimento sindical desnorteado.

[...] diante da crise do fordismo, as organizações atuais do movimento operário reproduziram as mesmas estratégias e encontraram nos mesmos becos-sem-saída que as burguesias ocidentais: umas procurando manter, a qualquer preço, os termos de um compromisso que a asfixia do regime de acumulação condena inexoravelmente, as outras pensando que um novo equilíbrio social só pode nascer dos escombros do antigo compromisso, ao desmantelamento do qual conseqüentemente prestam ativamente assistência. Cabe dizer também que, diante dessa crise, *o movimento operário encontra-se nu e desarmado*, privado de qualquer estratégia própria, reduzido à impotência, condenado ao mesmo tempo o proletariado a escolher entre uma revolta estéril e uma resignação aviltante. (BIHR, 1999, p. 81-82)

Diante do exposto, não é possível compreender a flexibilização das normas trabalhistas sem a necessária reconfiguração do objeto do direito do trabalho – o trabalho livre/subordinado –, sem contextualizá-la às transformações político-econômicas do capitalismo no final do século XX, que vem repercutindo na forma de ser da classe trabalhadora e no movimento operário.

5 A EXPLORAÇÃO DO TRABALHADOR IMIGRANTE CLANDESTINO: UMA VISÃO ANALÍTICA ARTICULADA COM OS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS E AS TEORIAS DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

Propor uma visão analítica sobre o impacto dos deslocamentos de imigrantes clandestinos e refugiados no Brasil a partir da consolidação da reforma trabalhista vigente



requer uma compreensão que vai além da perspectiva jurídico-dogmática e que se articule a uma visão multidisciplinar para compreender os diversos nomadismos contemporâneos.

A ideia de mobilidade geográfica está relacionada a uma perspectiva histórica, levando-se em conta que o gênero humano sempre foi essencialmente nômade. E a transição em direção a uma sociedade sedentária, começa a partir da transição das comunidades primitivas, às comunas, e, destas, para as comunidades administrativas maiores até o Estado-nação.

Por outro lado, compreender o fenômeno migratório implica em reconhecer as suas raízes na colonização e suas dimensões.

Segundo Alfredo Bosi, 'a colonização é um projeto totalizante cujas forças motrizes poderão sempre buscar-se no nível do *colō*: ocupar um novo chão, explorar os seus bens, submeter os seus naturais'. Aponta para um processo colonizatório que vai desde os gregos e, pode-se acrescentar, aos romanos, aos ingleses e àquele que se instaurou em nosso país. Para Mike Davis, colonialismo é sinônimo de imperialismo, que, simultaneamente, instauraram uma divisão na humanidade – entre Primeiro Mundo e Terceiro Mundo; entre os que têm e os que não têm – e provocaram aquilo que passou a chamar de holocaustos coloniais. (PEREIRA, p. 138)

Marx e Engels, em O Manifesto do Partido Comunista, já chamavam a atenção para o caráter revolucionário empreendido pela burguesia nascente, capaz de promover deslocamentos completamente diferentes das migrações dos povos. Seu objetivo já era ocupar todo o planeta por meio da exploração do mercado mundial.

[...] Salientaram que a burguesia, de forma cosmopolita, desencadeou a produção e o consumo de todos os países, tanto no que concerne à produção material quanto na produção intelectual. Também reconheceram que a luta operária é uma luta marcadamente política. Mesmo que se inicie a partir dos Estados, há de se espalhar por todo o globo terrestre. (Idem: 139)

No entanto, a partir da supremacia do ultraliberalismo global, é preciso ressaltar o grau de sofisticação empreendido por aquela classe na sua capacidade de mobilização geográfica.

Antes havia um único modelo de nomadismo e de sedentarismo, agora há outras modalidades.



Do ponto de vista do poder econômico, o nomadismo se manifesta através das grandes corporações multinacionais que atravessam, saem e entram em diversos países sem deixar rastros sobre onde se encontra o seu poder decisório.

Em primeiro lugar, entendia-se como sociedade nômade no contexto da modernidade, aquela que se constitui como mera receptora das informações produzidas pelos meios comunicacionais disponíveis – jornal, revista, livro, rádio e televisão –, agora, com as estradas virtuais, pode-se ser, ao mesmo tempo, sedentário e nômade. Este é um dado relevante, para se compreender o nomadismo contemporâneo, em que é possível atravessar e cruzar – para o bem e para o mal – fronteiras trabalhando, sem sair de um local físico determinado. (Idem: 145)

Além disso, a inserção das novas tecnologias da informação e da comunicação passaram a perturbar e a confundir ainda mais o nomadismo econômico e a sua hegemonia, perturbando e confundindo também as possibilidades de mobilidade das pessoas por meio das estradas virtuais, em que as mesmas podem ser nômades e sedentárias, ao mesmo tempo.

No entanto, o capitalismo que sempre foi nômade enfrenta, ele mesmo, outro nomadismo: “aquele instituído e reconhecido por um vasto setor da classe trabalhadora e suas potencialidades e capacidades para desencadear lutas contra-hegemônicas”. (Idem: 145-146)

Até aqui procuramos demonstrar o elo entre nomadismo e colonialismo. Constatase que, embora os países desenvolvidos tentem fechar as suas fronteiras, construindo muros, estabelecendo regras mais rígidas para controlar os fluxos migratórios, não vivem sem a exploração da mão de obra estrangeira, principalmente, a mão de obra desprotegida. A esses trabalhadores são destinados os trabalhos precários, clandestinos e mais penosos.

Não é possível compreender a exploração imposta a esses trabalhadores sem relacioná-la às distintas formas de flexibilização/precarização que compõem o conjunto de metamorfoses que tem alterado a forma de ser da classe trabalhadora.



Admite, Ricardo Antunes, “que a reestruturação produtiva que se estabeleceu na era pós-fordista, pós-taylorista e na chamada era da mundialização do capital apresenta novas modalidades de precarização do trabalho”. (Idem: 146) Em outras palavras, essa nova morfologia se caracteriza, ao mesmo tempo, pela retração do operariado industrial característico da era taylorista/fordista, mas também pela ampliação de novas modalidades precarizadas de trabalho.

Com a grande heterogeneidade dessa nova composição da classe trabalhadora, ela também se acentuou com o crescente processo de internacionalização do capital, pois as clivagens, entre trabalhadores estáveis e precários, se ampliam para homens e mulheres, jovens e idosos, nacionais e imigrantes, brancos e negros, qualificados e desqualificados, “incluídos e excluídos”.

No entanto a doutrina jurídico-trabalhista clássica tem apresentado propostas que se resumem à parasubordinação e à flexisegurança, além de ficar restrita às soluções lançadas pela teoria organizacional conservadora, que inverte o sistema tradicional de proteção ao trabalho, quando transfere as responsabilidades por trabalhos subordinados para os próprios trabalhadores. Essas propostas são o empreendedorismo e a empregabilidade.

O sociólogo Ricardo Antunes adverte também que, ao mesmo tempo em que se verifica o avanço da era da mundialização do capital, vislumbra-se uma fase de mundialização das lutas sociais do trabalho. (Idem: 147)

Desta forma, acompanhando as referências utilizadas nas pesquisas realizadas pela linha de pesquisa “Direito do Trabalho e Teoria Social Crítica” da UFPE, os autores deste artigo se deparam com uma bibliografia que ressalta a necessidade de os sindicatos e as lutas coletivas organizadas retomarem a luta política, emancipatória e contra-hegemônica. “Luta que impõe ao sindicato e ao sindicalismo uma articulação com os demais movimentos sociais que se espalham por todo o planeta. Neles, é possível encontrar claramente o repúdio à exploração do trabalhador imigrante”. (Idem: 148)



Exemplos disso são os movimentos sociais globais que se iniciaram em Seattle, Gênova e se espalharam pela Europa e os Estados Unidos, com “Os Indignados” e o “Ocupem Wall Street”. Sem deixar de mencionar o Fórum Social Mundial.

Boaventura de Sousa Santos, em sua obra “Trabalhar o Mundo: os caminhos do novo internacionalismo operário”, “aponta para uma nova solidariedade operária que se institui em níveis locais, nacionais e em nível global, para fazer frente à globalização ultraliberal e hegemônica” (SANTOS, 2005), constituindo-se num conjunto de iniciativas que se estabelecerá criando vínculos, redes e alianças locais e globais, para a criação de uma globalização alternativa e contra-hegemônica.

Sem considerar a proposta acima, da constituição de uma nova solidariedade operária que atue em diversos níveis, não será possível enfrentar os nomadismos econômicos, que aliados às várias formas de colonialismos, dão origem aos holocaustos coloniais.

A UNESCO ressalta a necessidade de se criar uma Ética Universal para Governabilidade do Mundo, pois

[...] um novo espectro passou a assombrar as cidades no limiar do século XXI: o *apartheid* urbano que institui tipos de alojamento repartido por zonas de habitação e segundo categorias de rendimento ou grupos sociais e culturais. De um lado, bairros privilegiados e fechados sobre si mesmos onde se instauram autarquias sociais privilegiadas, possuidoras de lazer, de emprego e de uma cultura de consumo mundializada. Do outro, onde se encontram os imigrantes e minorias étnicas e, com isso, se estabelece um dualismo e uma segregação que permitem a cristalização de comunidades isoladas, consideradas pela primeira como ‘classes perigosas’, uma vez que vivem à margem das leis ‘da sociedade dominante’, ou mesmo transgridem abertamente as suas normas e as suas regras. (PEREIRA, 2014, p. 150)

Esse *apartheid* urbano se transforma, portanto, num verdadeiro *apartheid* social, criando muros dentro das próprias cidades, podendo transforma-las “na anticidade, e de todas as fronteiras, sejam elas sociais, econômicas, culturais ou políticas”.

Neste sentido, o Direito Internacional do Trabalho tradicional não tem encontrado saídas para remover as barreiras discriminatórias, que acompanham a exploração do



trabalho imigrante, sem redefinir os sentidos do trabalho e os sentidos do novo internacionalismo operário.

Portanto, a alternativa teórica aqui proposta coloca a discriminação e o *apartheid* social impostos ao trabalhador imigrante como pressupostos para as novas teorizações do Direito Internacional do Trabalho.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para compreender adequadamente os deslocamentos contemporâneos de trabalhadores imigrantes clandestinos no Brasil, é necessário empreender uma análise que vai além da perspectiva jurídico-dogmática.

A ideia de mobilidade geográfica está, em primeiro lugar, relacionada a uma perspectiva histórica, pois o gênero humano sempre foi essencialmente nômade. No caso do Brasil, é preciso reconhecer o itinerário ignorado pelo Direito Internacional do Trabalho.

No entanto, para compreender os deslocamentos de milhares de trabalhadores clandestinos na contemporaneidade, é necessário observar que não há um único modelo de nomadismo e de sedentarismo.

Do ponto de vista do poder econômico, o nomadismo se dá através das grandes corporações multinacionais que se deslocam pelos países sem deixar rastro sobre onde se encontra o seu poder decisório.

Por outro lado, a inserção de novas tecnologias da informação e da comunicação passaram a confundir e a perturbar ainda mais aquele nomadismo econômico.

Além disso, esses deslocamentos devem ser compreendidos no contexto da reestruturação produtiva e da mundialização do capital que tem gerado diversas formas precarizadas de trabalho, sendo uma delas a utilização da mão de obra imigrante clandestina, fundamental para o desenvolvimento dessa fase atual do capitalismo.



Ao mesmo tempo em que se observa a etapa de internacionalização do capital, também se vislumbra a fase de mundialização de lutas sociais do trabalho que evidenciam a segregação e a discriminação impostas ao trabalhador imigrante clandestino.

Ressalta-se, portanto, a necessidade de os sindicatos e as lutas coletivas organizadas retomarem a luta política, emancipatória e contra-hegemônica, impondo-se a articulação entre os sindicatos e os diversos movimentos sociais que se espalham por todo o mundo, pois nestes já se encontram claramente o repúdio à exploração do trabalhador imigrante.

Será necessário, portanto, remover as barreiras discriminatórias, que acompanham historicamente a exploração do trabalhador imigrante, considerar a nova morfologia da classe trabalhadora para, assim, redefinir os sentidos do trabalho e os sentidos do novo internacionalismo operário, para, a partir daí, construir novos pressupostos teóricos para o Direito Internacional do Trabalho.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **O direito do trabalho na filosofia e na teoria social crítica. Os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações.** Brasília: Rev. TST, vol.78, nº 3, jul/set 2012, p. 37-63.

. Livre circulação de trabalhadores no âmbito do Mercosul e da União Europeia. Os imigrantes e os refugiados no contexto dos movimentos sociais e das teorias dos movimentos sociais. **Revista Problemata.** Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/problemata/article/view/33629>>. Acesso em 17 jul. 2017.

ANTUNES, Ricardo (Org.). **A dialética do trabalho.** Escritos de Marx e Engels. São Paulo: Expressão Popular, 2004.

. **Os sentidos do trabalho: ensaios sobre a afirmação e a negação do trabalho.** São Paulo: Boitempo, 2009.

_____. **Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho.** São Paulo: Boitempo, 2011.

BIHR, Alain. A ruptura do compromisso fordista. In: **Da grande noite à alternativa (o movimento operário em crise).** São Paulo: Boitempo, 1999.



HARVEY, David. A transformação política-econômica do capitalismo do final do século XX. In: **Condição Pós-Moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. São Paulo: Edições Loyola, 1993.

MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. São Paulo: Atlas S.A., 2012.

MARX, K.; Engels, F. **Manifesto do Partido Comunista**. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Obras escolhidas, vol. I São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1953.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEDRO, Bruno Lessa Pedreira São. **Flexibilização do Direito do Trabalho: avanço ou retrocesso?**. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12742> Acesso em 08 set. 2017.

PEREIRA, Maria Clara Bernardes. **A Livre Circulação de Trabalhadores no âmbito da Comunidade Europeia e do Mercosul**. Recife: UFPE, 2014.

SENNET, Richard. **A cultura do novo capitalismo**. Rio de Janeiro: Record, 2006.

.....



DIREITO DO TRABALHO E ECONOMIA DE COMPARTILHAMENTO: REFLEXÕES ACERCA DE POSSIBILIDADES FUTURAS



Felipe Buriel Fontes¹
Vanessa G. Garcia de Moraes²

1 INTRODUÇÃO

Este artigo busca apontar a relação das tecnologias de compartilhamentos com o direito do trabalho, e a forma como tais tecnologias têm impelido parcela da classe trabalhadora em direção a uma forma de trabalho mais individualizada e atomizada. Para tanto, consistirá de três tópicos principais.

No primeiro tópico será tratada, de forma concisa, a história do direito do trabalho, visando colocar em perspectiva o momento histórico pelo qual se passa na atualidade.

No segundo tópico tratar-se-á especificamente das tecnologias de compartilhamento, explicando seu funcionamento e mostrando como crescem na atualidade.

No terceiro e último tópico serão tratadas duas alternativas para o futuro do direito do trabalho no que se refere às tecnologias de compartilhamento, visando mantê-lo sempre atualizado: uma elaborada por Trebor Scholz e outra pensada por Gustavo Gauthier.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e mestrando em Direito do Trabalho pela mesma Universidade. Especialista também em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Católica de Pernambuco.

² Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco e especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela mesma Universidade. Mestranda em Direito do Trabalho pela Universidade Federal de Pernambuco.



Assim, busca-se discutir a atual metamorfose do mundo do trabalho e apontar algumas alternativas para a possível necessidade de adaptação do direito do trabalho à realidade atual.

2 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho como conhecido na atualidade tomou forma após o advento da Revolução Industrial – fenômeno ocorrido majoritariamente na Europa Ocidental no início do Século XIX.

O contexto histórico no qual estava inserido foi essencial para o surgimento do industrialismo. Pouco antes da virada do século – mais especificamente no ano de 1789 – a Revolução Francesa depôs (material e ideologicamente) o absolutismo monárquica que vigorava há séculos na Europa, consagrando os valores do liberalismo clássico como princípios basilares da nova sociedade revolucionária. Tais princípios, elencados em vários documentos, como, por exemplo, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no Código Civil Napoleônico, e, posteriormente, na Constituição dos Estados Unidos da América, e baseados nos ensinamentos de filósofos como John Locke, John Stuart Mill e Alexis de Tocqueville, e de economistas como Adam Smith, Thomas Malthus e David Ricardo, ocasionaram uma mudança de paradigmas jamais conhecida na história humana até então.

Se antes os indivíduos eram absolutamente submetidos ao Estado (representado pelos reis e pela nobreza), agora passavam a se considerados sujeitos de direitos devidamente reconhecidos. O individualismo, calcado na moral protestante da valorização individual (e da valorização do trabalho) passou a regular as condutas humanas. Assim, todas as pessoas seriam livres para proceder da forma como entendessem melhor – ao menos em teoria. Baseando-se nessa lógica, as relações de trabalho passaram a ser regidas diretamente pelas normas do direito civil, sendo o trabalho tratado como qualquer outra mercadoria, e sua alienação como qualquer outra alienação de bens.



É nesse contexto histórico que acontece, inicialmente na Inglaterra e, posteriormente, nos demais países da Europa Ocidental, a Revolução Industrial. Além da ideologia liberal que se consagrara (e que encontrara solo fértil nas ilhas inglesas, tendo em vista sua inata predisposição à liberdade e ao controle do poder do Estado – vide a Carta Magna imposta pelos barões ingleses ao rei João Sem Terra, já no ano de 1215, em pleno feudalismo medieval), outros fatores impactaram fortemente no desenvolvimento da Revolução na forma como existiu. Dentre tais condições, destacam-se um aumento populacional sem precedentes, em razão da aplicação de modernas técnicas de cultivo à agricultura (o que ocasionou um aumento na fartura de alimentos e, conseqüentemente, o aumento no número populacional), uma classe comerciante enriquecida em função do imperialismo inglês e do comércio e um enfraquecimento do poder real absolutista (fenômeno transnacional compartilhado por outros países do continente). Esses fatores conjugados, bem como a competição entre a nascente classe burguesa, ocasionaram o surgimento das máquinas e das indústrias, que aumentaram exponencialmente a capacidade de produção de bens. Sobre esses antecedentes, assim explicam Folador, Melazzi e Kilpp (FOLADOR, 2016. p. 45):

Um conjunto de mudanças agrícolas (recuperações, saneamento de solos e fomarção de *polders*, utilização de maior quantidade de fertilizantes, etc.) aumentou a produtividade do trabalho agrícola. A Reforma Religiosa do século XVI teve como significado a venda ou a distribuição, na forma de presentes, das terras pertencentes à Igreja para proprietários particulares. Durante o século XVII, as terras públicas foram sendo doadas ou outorgadas por meio de vendas fraudulentas a latifundiários ou especuladores do solo e empresários agropecuários. No século XVIII, os redutos de terras comunais dos povos foram transformados em propriedades privadas por efeito de diversos decretos. Além disso, a inflação, resultado dos descobrimentos de ouro e prata nas Américas, colaborou para favorecer os arrendatários e prejudicar os latifundiários.

A competição entre as classes produtoras ocasionou um aumento vertiginoso de maquinário, tecnologia e, principalmente, produção – as fábricas espalharam-se pela Inglaterra, e, ante uma população crescente e pauperizada (em razão da inexistência de trabalho em quantidade suficiente para abarcar o excedente populacional), passaram a utilizar-se do trabalho humano a preços irrisórios. Assim estava criada a típica imagem da



Revolução Industrial: fábricas abarrotadas de pessoas submetidas a jornadas extenuantes, em ambientes precários, com pouca (ou nenhuma) segurança e recebendo como salário apenas o absolutamente necessário para sobreviver.

Não tardaram a surgir vozes opondo-se à impiedosa realidade do chão de fábrica no Século XIX. A mais célebre, cujas ideias produzem frutos ainda na atualidade, foi a do filósofo alemão Karl Marx, que viria a se radicar em Londres e observaria *in loco* as agruras do período industrial³. Marx seria o fundador da Associação Internacional dos Trabalhadores (posteriormente conhecida como “Primeira Internacional”, em 1864, juntamente com Friedrich Engels).

No âmbito jurídico e legislativo, tem-se que o avanço foi gradual. As primeiras legislações passaram a proteger as crianças – a exemplo da Lei de Peel (Nazareth, 2010), que limitou a jornada de trabalho de menores de idade a 12 horas diárias – e, posteriormente, foram aplicadas também aos adultos. Tais normas só vieram a ser constitucionalizadas quase um século depois, com o advento da Constituição Mexicana de 1917 (a primeira a observar, em seu bojo, normas de caráter social) e a Constituição da República de Weimar de 1919.

De especial relevância no contexto das normas sociais surgidas no período da Revolução Industrial (principalmente no final do Século XIX e no início do Século XX, momento em que as normas de cunho social tornam-se comuns nos mais variados

³Incoformado e buscando a mudança da realidade que vislumbrava, Marx desenvolveu o que se convencionou chamar de “socialismo científico” – ideias que resgatavam perspectivas socialistas utópicas, dotando-as de coesão e embasamento filosófico. Visualizava um mundo em que o Estado e a propriedade privada não mais existissem, sendo a todas as pessoas garantidos os meios de sua subsistência – a sociedade comunista. Tal sociedade possuía muito em comum com a sociedade anarquista, na forma como vislumbrada por teóricos como Mikhail Bakunin, Pierre-Joseph Proudhon e Errico Malatesta; ambas buscavam o fim do Estado e o fim da propriedade privada, mas por meios diferentes e excludentes (tornando-se até mesmo oponentes em determinados momentos históricos). Para o socialismo científico de Marx a mudança social só poderia ocorrer por meio de uma Revolução levada a cabo pelos trabalhadores – a Revolução do Proletariado. Tal revolução ocasionaria um Estado máximo, capaz de guiar a transição do modelo capitalista para o modelo comunista. Já o anarquismo acreditava na mudança direta do capitalismo para a sociedade pós-capitalista sem Estado nem propriedade privada, sem ter que passar pelo Estado socialista.



ordenamentos jurídicos) é a pressão exercida por organizações religiosas e organizações sociais no sentido de proteger os trabalhadores. Veja-se, por exemplo, a encíclica papal *Rerum Novarum*, datada de 1891, escrita pelo Papa Leão XIII, que versava sobre a condições dos operários e defendia ativamente uma maior proteção dos trabalhadores explorados. A participação ativa da Igreja Católica foi essencial para a resolução da “questão operária”⁴. De forma direta ou indireta, a *Rerum Novarum* afetou o posicionamento das classes dirigentes e inaugurou uma nova era de atenção às condições dos trabalhadores no mundo.

As agruras do período da Revolução Industrial instaram os Estados a se posicionarem no sentido de resguardar os direitos dos trabalhadores de forma ativa, e não mais meramente passiva. A liberdade negativa⁵, que vigorava no período de apogeu do liberalismo clássico, passou a ser vista como prejudicial à sociedade por si só, devendo, então, ser necessariamente acompanhada por meios de implementação das liberdades “positivas” – decorrentes da atuação direta do estado. Assim, as normas de caráter social constitucionalmente e legalmente previstas foram seguidas por práticas concretas – sistemas públicos de saúde, de educação e de previdência. Tais medidas foram ampliadas após a Segunda Guerra Mundial (finda em 1945), ocasionando o surgimento do que convencionalmente se conhece por *welfare state* – ou Estado de Bem-Estar Social⁶, em português.

A social-democracia trouxe um crescimento no número de postos de emprego ocupados (alavancado por políticas de pleno emprego buscadas por muitos países) e uma

⁴Nome dado à crescente crise entre os que vendiam sua força de trabalho e os detentores dos meios de produção, que se espalhava por toda a Europa e se agravava gradativamente com o desenvolvimento das indústrias.

⁵Liberdade esta que previa normas para afastar a interferência do Estado na vida do indivíduo, configurando verdadeiros “não-fazer” – daí o termo utilizado para qualificá-la.

⁶Tal modalidade de organização social foi idealizada por John Maynard Keynes (1883-1946), um economista britânico que acreditava na aplicação de políticas anticíclicas para impedir que a economia entrasse em períodos recessivos. Essas ideias surgiram após a Grande Crise de 1929, que muitos atribuíram ter ocorrido em razão da falha do liberalismo econômico para resolver os problemas da sociedade moderna.



melhora da qualidade de vida da população na maior parte do mundo ocidental. Apesar de seu inegável sucesso em muitas áreas, passa por um período de enfraquecimento nas décadas de 70 e 80 (em razão das dificuldades econômicas provocada pelas Crises do Petróleo da década de 70 e do fenômeno antes considerado impossível da estagflação).

É nesse momento que ocorre uma mudança de paradigmas que culmina no Consenso de Washington: uma pauta comum a ser buscada pelos Estados Unidos (liderado por Ronald Reagan) e pela Inglaterra (liderada por Margareth Thatcher) visando a desburocratização, a abertura econômica e a adoção de agendas econômicas ligadas às correntes neoclássicas. Essa mudança de paradigma ideológico, com o renascimento de ideias liberais, ocasionou o surgimento do que se chamou de “neoliberalismo” – uma revisitação à doutrina do liberalismo clássico.

O conflito entre social-democracia e neoliberalismo segue a humanidade até a atualidade, e tem importância central para este trabalho e para toda temática relacionada às tecnologias de compartilhamento em geral. Afinal de contas, o direito do trabalho como conhecido hoje é um produto do período social-democrata (apesar das normas sociais o antecederem), de modo que uma mudança de paradigmas quanto à organização social (da social-democracia para o neoliberalismo, por exemplo) inevitavelmente ocasionará uma mudança de paradigmas quanto à organização do trabalho e do direito do trabalho. Sobre isso, expõem Everaldo Gaspar Andrade e Isabele Bandeira D’Ângelo (ANDRADE; D’ANGELO, 2016, p.77-78):

Quando se empreende uma pesquisa na literatura que forma o vasto universo da chamada teoria jurídico-trabalhista clássica verifica-se claramente que a mesma conceitua o Direito do Trabalho como um conjunto de normas e princípios destinados à proteção do trabalho subordinado, dependente ou por conta alheia. Logo, tratar-se-ia de um ramo do direito que não veio para disciplinar qualquer relação de trabalho, mas a relação de trabalho subordinado. Não se pode deixar de reconhecer que o Estado do Bem-estar Social, centrado no Pleno Emprego forjou, ideologia à parte, um modelo de sociabilidade de tempo previsível, duradouro. Acontece que, depois da crise de 70 do século passado, da chegada ao poder dos governos Margaret Thatcher e de Ronald Reagan, da Queda do Muro de Berlim, da substituição do Modelo Fordista pelo Modelo de Acumulação Flexível, aliado ao espetacular desenvolvimento das máquinas inteligentes, da tecnologia da comunicação e da informação, apareceu uma metamorfose sem precedentes no mundo do trabalho que inverteu aquela perspectiva construída no Estado do Bem-estar. Agora, a prevalência é do trabalho clandestino e do desemprego



estrutural.

É nesse contexto histórico que se inserem as novas tecnologias de compartilhamento.

3 AS NOVAS TECNOLOGIAS DE COMPARTILHAMENTO E O DIREITO DO TRABALHO

As novas tecnologias de compartilhamento são um fenômeno bastante recente da atualidade. Uma definição das tecnologias de compartilhamento é dada por Tom Slee (SLEE, 2017, p. 21):

A Economia do Compartilhamento é uma onda de novos negócios que usam a internet para conectar consumidores com provedores de serviço para trocas no mundo físico, como aluguéis imobiliários de curta duração, viagens de carro ou tarefas domésticas. Na crista desta onda estão Uber e Airbnb, cada um mostrando um crescimento vertiginoso para sustentar a alegação de que estão desbancando as indústrias tradicionais de transporte e hotelaria.

Além de serem absolutamente inovadoras no aspecto meramente tecnológico (ao proporcionarem serviços de forma fácil), o são, também, nos aspectos social e jurídico. No aspecto social inaugura-se uma ideia relacionada à divisão e ao compartilhamento da propriedade em si. Basta utilizar um aplicativo (a exemplo do Netflix, do Wattpad e do Spotify) para obter acesso direto a uma grande quantidade de conhecimento de qualquer tipo. Assim, substitui-se o paradigma da posse pelo de mero uso do bem, diminuindo gastos e proporcionando a uma quantidade maior de pessoas um satisfatório acesso às informações. Há, efetivamente, uma democratização de bens e valores que antes seriam exclusivos de alguns pagantes. Já no aspecto jurídico, as tecnologias de compartilhamento possuem repercussões relevantes principalmente no direito administrativo (na questão da desregulamentação de atividades exercidas privativamente pelo Estado), no direito tributário (discutindo-se sobre quais tecnologias ou práticas deverá incidir – ou não – a tributação) e no direito do trabalho – este configurando o ponto central deste texto e sendo o ramo do direito mais afetado por essas novas tecnologias.



A relação das tecnologias de compartilhamento com o Direito do Trabalho se dá especificamente nos casos das tecnologias que se dizem intermediárias entre um serviço e um consumidor. Nesse caso específico encontram-se empresas como a Uber, a Cabify e a Amazon (que desenvolveu o serviço chamado *Mechanical Turk*). O grande debate no mundo do trabalho, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é acerca da possibilidade de reconhecimento do vínculo de emprego entre os funcionários dessas empresas e a empresa em si.

Outros veículos de compartilhamento (a exemplo dos já mencionados Netflix, Spotify e Wattpad) também envolvem o trabalho de pessoas; mas, para estes, a polêmica é praticamente inexistente, já que os que trabalham para tais empresas o fazem, em sua maioria, sob o vínculo de emprego tradicional. Na prática, tais aplicativos são empresas que facilitam a difusão de um serviço, e não intermediárias de um serviço a ser prestado por terceiros em uma situação que poderia ser definida como nebulosa.

Independentemente do reconhecimento da existência da relação de emprego ou não, e dos efeitos jurídicos decorrentes de tal reconhecimento, insta compreender que há, em tais tecnologias, o potencial para mudar inteiramente a forma como são vistas as relações de trabalho na atualidade. O advento das mais variadas formas de flexibilização do trabalho, o surgimento dos contratos de zero hora, o crescimento do emprego informal em face do emprego formal, e, por fim, o surgimento das tecnologias de compartilhamento – todos esses fatos pintam o quadro de uma vindoura revolução do paradigma do trabalho humano. O trabalho subordinado, surgido com a Revolução Industrial e formalizado legalmente no período social-democrata, rompeu o paradigma do trabalho livre e por conta própria característico do período anterior à Revolução Industrial. O que se defende, neste texto, é que as tecnologias de compartilhamento têm o condão de iniciar uma mudança de paradigmas comparável à ocorrida no período industrial – as tecnologias de compartilhamento, se tal prognóstico se confirmar, serão o futuro do trabalho, com efeitos potencialmente tão duradouros quanto aqueles trazidos pela Revolução Industrial.



Essas mudanças não são apenas futuras, mas também atuais. Afinal de contas, não se pode sequer argumentar que o direito do trabalho na forma atualmente posta dá guarida aos trabalhadores da atualidade. Veja-se os dados trazidos por Giselle Ávila de Meirelles (MEIRELLES, 2016, p.65):

Prevalece, na maioria dos países analisados, uma estrutura do mercado de trabalho com alta incidência de emprego informal-total e de emprego no setor informal de empresas. Uma proporção de ocupados não agrícolas, superior a 60%, tem emprego informal, em seis países da região: Bolívia (Estado Plurinacional da), 69,5%; El Salvador, 65,6%; Honduras, 76,4%; Nicarágua, 65,7%, Paraguai, 70,4% e Peru 70,3%. Em outros nove países, o emprego informal total supera os 40% da ocupação total, embora seja inferior a 60%: Argentina (46,7%), Brasil (42,1%), Colômbia (59,6%), Costa Rica (43,8%), Equador (56,4%), México (54,2%), Panamá (42,7%), República Dominicana (47,9%), e República Bolivariana da Venezuela (47,4%). Finalmente, no Uruguai, 38,8% da ocupação total é informal. O Panorama Laboral/2012 da OIT confirma a persistência da informalidade na América Latina e destaca certa redução, mas adverte que pelo menos 47,7% da população urbana ocupada é mantida em emprego informal, o que implica condições de trabalho precarizadas, sem proteção social nem acesso aos direitos trabalhistas e, em geral, com rendimentos baixos. Por um lado, os dados indicam que, entre os anos de 2000 e 2011, a proporção de trabalhadores com contrato de trabalho subiu de 55,9% para 63,6% na América Latina e Caribe. Contudo, por outro lado, no índice geral de emprego vulnerável (trabalhadores por conta própria e trabalhadores familiares sem remuneração), houve uma ínfima redução, ou seja: de 35,5%, em 2000, para 32,5%, em 2011.

Assim, compreende-se que a problemática acerca da adequação do direito do trabalho à realidade não é meramente futura. E quanto a isso não há alternativa válida salvo a adaptação. A mera tentativa de proibição das novas tecnologias, conduta que remete ao ludismo, não terá o condão de proporcionar melhor qualidade de vida e mais direitos sociais aos trabalhadores. Assim como o ludismo foi um movimento falho, da mesma forma também poderia ser vista a tentativa de restrição tecnológica. Dessa maneira, os apontamentos que aqui se fazem são no sentido de possibilitar uma melhor análise da chegada das novas tecnologias, e da maneira como a classe trabalhadora pode se organizar para melhor se adequar a tais mudanças, ponto que será melhor delineado adiante.



4 ALGUNS FUTUROS POSSÍVEIS

Neste último capítulo buscar-se-á analisar algumas das propostas existentes para obter a melhor proteção trabalhista para aqueles que laboram no âmbito das tecnologias de compartilhamento, com o intuito de traçar um panorama exemplificativo das novas alternativas que vêm surgindo para adequar o direito do trabalho a estas tecnologias. Dessa forma, serão analisadas as propostas do cooperativismo de plataforma, elaborada por Trebor Scholz, e a proposta da “reforma constante” do direito do trabalho para que melhor se adeque às possibilidades futuras, na forma preconizada por Gustavo Gauthier.

A primeira das propostas, como mencionado, é a do cooperativismo de plataforma, desenvolvida pela primeira vez por Trebor Scholz⁷. Essa proposta visa ocasionar uma apropriação, por parte dos trabalhadores, dos instrumentos das tecnologias de compartilhamento. Nesse sentido, visa fazer com que os aplicativos em si – o Uber, para exemplificar – sejam geridos pelos próprios trabalhadores associados; no caso do exemplo, os motoristas. Isso não ocorreria por meio de uma apropriação das instalações da empresa por parte indivíduos, mas sim com a criação, por parte dos trabalhadores, de cooperativas que desenvolvam a mesma função e que concorreriam diretamente com as empresas de compartilhamento. Funcionaria da seguinte forma: os motoristas do Uber, com o intuito de fazer frente à exploração por parte da empresa, criariam suas cooperativas e, exercendo a mesma função, cobrando os mesmos valores, apropriariam-se da margem de lucro da empresa e investiriam em garantias sociais para os trabalhadores, como auxílios em caso de desemprego ou doença, salário-maternidade ou férias remuneradas. Essa seria uma alternativa que garantiria o funcionamento livre do mercado, não impediria o surgimento das novas tecnologias, privilegiaria a liberdade dos consumidores e a qualidade do serviço e, ao mesmo tempo, garantiria aos trabalhadores melhores remunerações e os direitos sociais a que façam jus.

⁷Pesquisador e professor da The New School, em Nova Iorque.



Evidentemente, tal objetivo só seria alcançado com a efetiva associação dos trabalhadores e o seu reconhecimento como classe, o que pode afigurar-se difícil no atual contexto brasileiro de descrédito sindical e de baixa filiação. Além disso, a versão patronal de que os trabalhadores são, na verdade, autônomos, dificulta o reconhecimento de uma “classe” no sentido tradicional do termo. De qualquer forma, tem-se que associações de motoristas de aplicativos (e até mesmo sindicatos) já têm surgido no Brasil. Veja-se, por exemplo, o caso do Sindicato dos Motoristas de Transporte Privado Individual de Passageiros por Aplicativo do Estado de Pernambuco (SIMTRAPLI-PE), fundado em 2016 e filiado à Central Única dos Trabalhadores – CUT⁸, ou da Associação dos Motoristas Autônomos por Aplicativos – AMAA, apoiado pela União Geral dos Trabalhadores – UGT⁹, dentre tantos outros que estão em processo de criação ou de desenvolvimento. Tais fatos apontam para a mobilização dos motoristas dos aplicativos no sentido de se reconhecerem como classe e, dessa forma, pleitearem melhores condições de trabalho ou maiores remunerações, abrindo caminho para a alternativa do cooperativismo de plataforma.

Sobre as novas economias de compartilhamento, adotando um olhar crítico e explicando o termo “espoliação da multidão”, aponta Trebor Scholz (SCHOLZ, 2017, p. 22-23):

Com o slogan “O que é meu é seu”, o cavalo de Troia da economia do compartilhamento nos traz formas jurássicas de trabalho enquanto desencadeia uma máquina antissindical colossal, passando por cima de trabalhadorxs mais velhxs, especialmente. [...] Mais importante, não podemos ter essa discussão sem antes reconhecer que a “economia do compartilhamento” não é uma coisa embalada a vácuo e isolada no “ciberespaço”, mas é somente outro reflexo do capitalismo e do atlas massivo de práticas de trabalho digital. Consequentemente, não podemos ter uma conversa sobre plataformas de trabalho sem antes reconhecer que elas dependem de vidas humanas exploradas em toda sua cadeia de fornecimento global, começando com o hardware sem o qual toda essa economia “sem peso” iria afundar até o fundo do oceano. Todos os amados

⁸ Informação disponível em: <http://www.cutpe.org.br/noticias/motoristas-do-uber-criam-sindicato-no-pernambuco-e-se-filiam-a-cut-d298/>. Data de acesso: 27/10/17.

⁹ Informação disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/04/1757402-com-apoio-da-ugt-motoristas-criam-associao-para-questionar-uber.shtml>. Data de acesso: 27/10/17.



dispositivos da Apple não podem ser considerados sem antes nos lembrarmos das condições de trabalho no que Andrew Ross chamou de “moinhos de suicídio da Foxconn” em Shenzhen, na China. Ou considerem-se os raros minerais da terra na República Democrática do Congo; é essencial seguir a cadeia de fornecimento que facilita todos esses estilos de vida aparentemente limpos e glamorosos da vida digital. [...] Isso não é uma mera continuação do capitalismo pré-digital como conhecemos, existem descontinuidades notáveis – novas formas de exploração e concentração da riqueza que me flevaram a cunhar o termo “espoliação da multidão”. A espoliação da multidão é uma nova forma de exploração, executada por quatro ou cinco estrelas, que se apoia em uma massa global de milhões de trabalhadorxs em tempo real.

O autor entende que, apesar da afirmada exploração dos trabalhadores por parte das grandes empresas, o real problema do trabalho nas novas tecnologias de compartilhamento é a remuneração em comparação ao volume trabalhado. No mais das vezes, as pessoas que se encontram submetidas a esse modelo de trabalho tendem a trabalhar mais que os trabalhadores tradicionais, para ganhar tanto quanto ou até mesmo menos que aqueles. Assim, sobre a baixa remuneração dos trabalhadores em comento, afirma (SCHOLZ, 2017, p. 38-39):

Quando você descobre que xs motoristas das Uber em Los Angeles estão recebendo menos que o salário mínimo; quando você sabe que xs trabalhadorxs da CrowdFlower e da Mechanical Turk ganham não mais que dois ou três dólares por hora; quando você entende que muito (senão a maioria) da receita da Airbnb na cidade de Nova York vem de pessoas que alugam seus apartamentos inteiros por menos de trinta dias; quando você ouve que as *startups* estão navegando em torno da definição de “emprego” ao reestruturar o trabalho de uma forma que as pessoas que estão trabalhando para elas são categorizadas como trabalhadorxs autônomxs em vez de empregadxs; quando você entende que o *status* de trabalhadorxs autônomx evita proteções forecidas axs trabalhadorxs pelo Fair Labor Standards Act; quando Uber, Lyft e Airbnb continuam a operar seus negócios em cidades que tentam fechar suas operações; aí então você irá entender que o governo e as municipalidades tentaram agir contra esse “descumprimento das leis federais”.

Diferentemente do que se possa imaginar ao conhecer o pensamento do autor, não existe, na obra de Scholz, uma defesa intransigente da proibição das novas tecnologias. Pelo contrário. Elaborando seu conceito de cooperativismo de plataforma, defende a união da classe trabalhadora para, associando-se em cooperativas, prestar o serviço atualmente



prestado pelas grandes empresas de compartilhamento. Nesse sentido (SCHOLZ, 2017, p. 60-62):

O conceito de cooperativismo de plataforma tem três partes. Primeiro, ele baseia-se na clonagem do coração tecnológico de Uber, TaskRabbit, Airbnb ou UpWork. Ele recepciona a tecnologia, mas quer colocar o trabalho em um modelo proprietário distinto, aderindo a valores democráticos, para desestabilizar o sistema quebrado da economia do compartilhamento/economia sob demanda, que beneficia somente poucos. É nesse sentido que o cooperativismo de plataforma envolve mudança estrutural, uma mudança de propriedade. Segundo, o cooperativismo de plataforma trata de solidariedade, que faz muita falta nessa economia baseada em força de trabalho distribuída e muitas vezes anônima. Plataformas podem ser possuídas e operadas por sindicatos inovadores, cidades e várias outras formas de cooperativas, tudo desde cooperativas multissetoriais (*multi-stakeholder co-op*), cooperativas de propriedade dos trabalhadores (*worker-owned co-op*) ou plataformas cooperativas de propriedade dos produtores (*producer-owned platform cooperatives*). Terceiro, o cooperativismo de plataforma é construído na resignificação de conceitos como inovação e eficiência, tendo em vista o benefício de todos, e não a sucção de lucros para poucos. Proponho dez princípios para o cooperativismo de plataforma que são sensíveis aos problemas críticos que a economia digital enfrenta hoje. O capitalismo de plataforma é incrivelmente não efetivo em cuidar das pessoas. [...] O cooperativismo de plataforma é um termo que descreve mudanças tecnológicas, culturais, políticas e sociais. O cooperativismo de plataforma é um horizonte da esperança. Não é uma utopia concreta; é uma economia emergente.

Outro posicionamento possível acerca do futuro do trabalho após o advento das tecnologias de compartilhamento é o de Gustavo Gauthier, que adota o entendimento de que não se pode impor o direito do trabalho oriundo da social-democracia a categorias de trabalho que àquela época não se adequam. As tecnologias de compartilhamento inauguram uma nova fase do trabalho humano que efetivamente rompe com todos os modelos anteriormente conhecidos. Nesse sentido, diz o mencionado autor (GAUTHIER, 2016, p.124):

En nuestra opinión, el desafío que enfrenta el Derecho del trabajo, no pasa por forzar la aplicación de sus normas y categorías a realidades que difieren en gran medida de las que originaron su surgimiento y luego fueron modelando sus normas e institutos, el desafío mayor pasa hoy por plantearse una nueva regulación que contemple las nuevas realidades, capaz de proteger aquellos aspectos que sea menester proteger y quizás dejar otros en que en algún momento parecieron importantes salvaguardar pero que ahora ya no lo son tanto, o que exigen un abordaje diferente. Un ejemplo de esto último refiere al tiempo de trabajo, inicialmente la protección del trabajo giró en torno a la limitación del tiempo de trabajo cuando es el trabajador quien elige cuándo y como trabajar, ya no tienen sentido limitar las horas de trabajo; no obstante, se impone pensar en otro tipo de protecciones en esta materia efectos de que ya sea por medio de incentivos o por



el bajísimo precio de algunos "conciertos" o transacciones, las personas tengan que pasar por largas jornadas para reunir un ingreso mínimo. No abordar en profundidad y rápidamente el verdadero problema que supone el nuevo modelo de negocio para las personas que prestan en última instancia los servicios, entraña el riesgo de que vaya permeando cada vez más la idea de que las relaciones jurídicas que se traben entre los proveedores de servicios y las nuevas plataformas, sean en definitiva las que éstas proponen, esto es, como meros "conciertos" o arrendamientos de servicios con contratistas o proveedores independientes, ante la ausencia o falta de claridad de una legislación o un marco normativo de referencia aplicable.

O autor parece filiar-se à corrente que aponta a insuficiência do direito do trabalho em sua forma atual para regular todas as múltiplas formas de trabalho humano da atualidade. Defende, dessa maneira, a readequação do direito do trabalho para que melhor abarque a realidade multifacetada atual. E qual forma seria essa? O autor não a propõe, apontando apenas que "será necessário pensar também em um tipo de regulação suficientemente flexível" para adequar-se à evolução do trabalho que certamente virá no futuro próximo. Veja-se o seu posicionamento (GAUTHIER, 2016, p. 127):

El abordaje del problema que representan las nuevas formas de obtener el concurso del trabajo humano, no debe efectuarse a partir de intentar subsumir las nuevas realidades o figuras en las categorías pre existentes, pues a poco que se profundice en el análisis de los casos concretos queda en evidencia la insuficiencia o el desajuste del enfoque tradicional binario del trabajo dependiente o subordinado y el trabajo autónomo. El desafío que hoy afronta el Derecho del trabajo es pensar en nuevas formas de regular el trabajo humano que resulta involucrado en los nuevos procesos, seguramente con nuevas herramientas y dejando de lado algunas categorías que ya se revelan como poco útiles para captar o regular una realidad nueva. Realidad que a su vez está cambiando y seguramente seguirá evolucionando a un ritmo extremadamente vertiginoso, que hará necesario pensar también en un tipo de regulación suficientemente flexible susceptible de ir adecuándose a esta evolución.

Dessa maneira, compreende-se que, para Gustavo Gauthier, é premente ao direito do trabalho atual pensar formas de renovar-se constantemente para que não fique estagnado. Defende uma forma mutável do direito do trabalho – uma alteração ou reforma constante, para que sempre se adeque da melhor maneira possível às disposições da realidade na qual se insere. Nesse sentido, é necessário lembrar que o direito do trabalho é, antes de tudo, um produto social – o *primus inter pares* das relações sociais



envolvendo o trabalho humano. Dessa forma, pouco razoável seria qualquer proposta que não atentasse para a disposição social do trabalho humano antes de organizar o direito.

De imediato, e para o espaço possível deste artigo, essas são as duas propostas mais facilmente adaptáveis à realidade brasileira. A primeira de caráter mais concreto, relacionado ao cooperativismo de plataforma, e a segunda de caráter mais propositivo e problematizante, chamando atenção para uma necessidade de se pensar a forma e o papel que o direito do trabalho terá na atualidade e no futuro próximo.

5 CONCLUSÃO

O advento das tecnologias de compartilhamento, na atualidade, proporcionará mudanças no mundo do trabalho que, se já se fazem sentir, não chegam sequer perto do patamar que se encontrarão no futuro. Entendem os autores deste artigo que passar-se-á, no futuro, por uma mudança paradigmática sem precedentes no que concerne à organização do trabalho humano. Como a Revolução Industrial instituiu um paradigma de trabalho inovador para a época, assim também ocorrerá com a atual Revolução Informacional e Tecnológica.

É impossível afirmar a forma que o trabalho possuirá no futuro vindouro. No entanto, é necessário analisar de que maneira o direito do trabalho deverá se organizar para melhor se adequar tanto à realidade atual quanto à realidade futura. Isso porque, como apontado neste artigo, a mudança do direito do trabalho, tanto em razão das estatísticas (que apontam o baixo número de trabalhadores submetidos a relações formais de emprego) quanto dos prognósticos acerca do futuro (surgimento das tecnologias de compartilhamento, revolução informacional, etc.) do trabalho humano é inevitável.

Assim, buscaram-se alternativas para o direito do trabalho para, ao mesmo tempo em que se mantenha de forma sustentável (impedindo sua defasagem a cada mudança no trabalho humano), possa, também, proteger a classe trabalhadora e garantir os direitos sociais tão duramente conquistados.



Neste trabalho tratou-se de duas dessas possíveis alternativas: a ideia de cooperativismo de plataforma, elaborado por Trebor Scholz, e a ideia de mutação constante do direito do trabalho, trazida por Gustavo Gauthier. São apenas duas dentre muitas proposições que vêm surgindo, mas esse é o objetivo do trabalho: chamar atenção para a necessidade de se pensar os rumos e as formas do direito do trabalho tanto para a atualidade quanto para o futuro.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. D'ÂNGELO, Isabele Bandeira de M. **Direito do Trabalho e Teoria Social Crítica: um diálogo indispensável entre este campo do direito e os demais saberes sociais.** Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v.3, n.1, jan./abr. 2016. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/issue/archive>. Data de acesso: 27/01/2017.

FOLADOR, Guillermo. MELAZZI, Gustavo. KILPP, Renato. **A economia da sociedade capitalista e suas crises recorrentes.** São Paulo: Ed. Outras Expressões, 2016.

GAUTHIER, Gustavo. **Economia Compartida, "crowdworking" y Derecho del trabajo.** In: Disrupción, Economía Compartida y Derecho - enfoque jurídico multidisciplinario. Montevideo: Ed. FCU - Fundación de Cultura Universitaria. 2016.

MEIRELLES, Giselle Ávila Leal de. **Reestruturação produtiva do capital, pauperização e desigualdade social na América Latina.** In: Serviço Social em Revista, Londrina, v. 18, n. 2, p. 52-72, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/ssrevista/article/viewFile/23644/19102>. Data de acesso: 27/10/17.

NAZARETH, Amanda Cristina Ramos. **Evolução histórica das normas trabalhistas no âmbito mundial e no Brasil.** Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3812. Data de acesso: 26/10/17.

SCHOLZ, Trebor. **Cooperativismo de plataforma.** São Paulo: Editora Elefante. 2017.

SLEE, Tom. **Uberização – a nova onda do trabalho precarizado.** São Paulo: Editora Elefante, 2017.





ESCRAVIDÃO MODERNA E OS CABRESTOS CONTEMPORÂNEOS:

A MORDACIDADE DA LEI DA TERCEIRIZAÇÃO

.....
Danieiety Taís Pereira Lima¹

1 INTRODUÇÃO

O tema da presente pesquisa objetiva se debruçar acerca de uma análise crítica da Lei da Terceirização, recentemente aprovada, a qual visa regulamentar o fenômeno da Terceirização, bem como ampliar o seu espectro. Isso porque a Terceirização atingia tão somente as atividades meio. Todavia, com a aprovação da Lei da Terceirização o espectro foi ampliado de tal forma que as atividades fins também passaram a ser atingidas pelo fenômeno da Terceirização.

Desta forma, na pesquisa em tela, serão destacadas as implicações da referida lei para o mundo do trabalho e, também, será objeto de discussão, o julgamento da Lei da Terceirização, realizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Contudo, demonstrar-se-á que o referido julgamento acabou assumindo desdobramentos no sentido de tutelar a lei em discussão.

Nesse diapasão, também se tem por escopo revelar que os argumentos da suprema corte encontram-se absolutamente passíveis de críticas, haja vista que estão procedendo com um julgamento consoante às leis de mercado e não em conformidade com o direito e, tampouco, com as normas internacionais que vedam o retrocesso social.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestranda em Direito do Trabalho pela Universidade Federal Pernambuco (UFPE), integrante do grupo de pesquisa "Direito do Trabalho e Teoria Social Crítica"(danieiety_tais@hotmail.com).

Assim, o judiciário revela o entendimento de que a Lei da Terceirização implica, inexoravelmente, em um enxugamento dos custos, o qual pode ser abalizado pelo princípio constitucional da eficiência.

Todavia, a pesquisa demonstrará que a redução de custos, colocada pela suprema corte, na verdade, reduz os custos para a classe empresária, a qual fica completamente desonerada de qualquer embaraço na seara trabalhista. Isto é, a classe trabalhadora ficará dividida entre aqueles que desempenham a atividade laborativa de forma estável, “regulamentados”, daqueles que são terceirizados.

É imperioso ressaltar que toda esta situação culminará em uma crise de identidade entre os trabalhadores, uma vez que ocorrerá a perda da unidade laboral, o que implicaria em uma classe essencialmente pulverizada.

Portanto, é notório que a lei revela-se altamente precarizante, no que tange as relações de trabalho, sendo alarmante a questão acerca da flexibilização na contratação da mão-de-obra.

Ademais, denota-se que se constitui irrefutável o fato de que o sistema capitalista impõe novas técnicas e modelos produtivos, assim como proferiu o judiciário que as relações de trabalho devem acompanhar a economia moderna.

Todavia, as mudanças no mundo do trabalho também devem vir, necessariamente, acompanhadas de mecanismos capazes de oferecer proteção ao trabalhador e, não estando somente adstrita a visão feroz da economia de mercado regida pela mão invisível, conforme pontuado por Adam Smith. Visão esta que tão somente engessa o trabalhador e otimiza o lucro dos grandes empregadores.

2 A LEI DA TERCEIRIZAÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES NO MUNDO DO TRABALHO

Inicialmente, é oportuno trazer à tona o conceito de Terceirização para alguns autores.



Nesse sentido, Sérgio Pinto Martins assevera que:

Vários nomes são utilizados para denominar a contratação de terceiros pela empresa para prestação de serviços ligados a sua atividade-meio. Fala-se em terceirização, subcontratação, filialização, desverticalização, exteriorização do empregado, focalização, parceira, etc. Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode compreender tanto a produção de bens, como de serviços, como ocorre na necessidade de contratação de empresa de limpeza, de vigilância ou até para serviços temporários. (MARTINS, 2009, p. 176).

Valentim Carrion revela o seguinte entendimento acerca do fenômeno da Terceirização:

Terceirização é o ato pelo qual a empresa produtora, mediante contrato, entrega a outra empresa certa tarefa (atividades ou serviços não incluídos nos seus fins sociais) para que esta a realize habitualmente com empregados desta. (CARRION, 2009, p. 307).

Pode-se observar, em ambos os conceitos, a Terceirização enquanto fenômeno que abarca tão somente as atividades meio. Todavia, é cediço que a partir da Lei da Terceirização passou-se a ter abrangência também sobre as atividades fim.

Nesse diapasão, é fundamental pontuar-se o contexto que fomentou a aprovação da referida lei. A busca na elaboração de alternativas que se mostrem capazes de atenuar todo e qualquer tipo de óbice à atividade empresarial, em âmbito global, afigura-se uma necessidade dos grandes empregadores.

Deste modo, a atividade empresarial, por sempre objetivar a redução de custos e otimização dos lucros, vislumbra na aprovação da Lei da Terceirização um eficaz instrumento de manutenção de sua atividade, com baixo custo, e prospecção no mercado.

Logo, para Antônio Álvares Silva:

[...] a transferência de atividades para fornecedores especializados, detentores de tecnologia própria e moderna, que tenham esta atividade terceirizada como sua atividade-fim, liberando a tomadora para concentrar seus esforços gerenciais em seu negócio principal, preservando e evoluindo em qualidade e produtividade, reduzindo custos e ganhando competitividade. (SILVA, 2003, p. 65).

Diante disso, se constitui notório os impactos inerentes ao trabalhador, provenientes da Lei da Terceirização.

A título de exemplo, do que consta na lei sancionada, a empresa tomadora de serviços tem somente a responsabilidade subsidiária, no que toca a obrigação de indenizar o profissional em um eventual processo trabalhista. Isto é, a empresa tomadora de serviços somente terá seus bens atingidos, por determinada penhora constante no processo trabalhista, caso os bens da empresa prestadora de serviços não sejam suficientes para a satisfação da condenação.

Isso também se aplica a questões concernentes aos acidentes de trabalho. Assim, a referida lei pontua a questão de que não cabe a empresa tomadora de serviços fornecer, aos funcionários terceirizados, as mesmas condições de trabalho inerentes aos empregados efetivos, ou seja, estabelece-se uma diferenciação no que tange, por exemplo, ao atendimento médico ou, até mesmo, ao acesso do refeitório, não tendo a contratante a obrigação de garantir o ora mencionado.

Portanto, afigura-se com bastante clareza o enfraquecimento de direitos inerentes ao trabalhador nas relações laborais, sobretudo no que toca aos aspectos básicos no fornecimento de condições mínimas junto ao ambiente laboral.

3 POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS LIMITES JURÍDICOS À TERCEIRIZAÇÃO

A suprema corte vislumbra a necessidade de uma adequação das relações de trabalho a economia moderna, miscigenando o seu discurso com o da classe política, a qual propala que a modernização implicará na geração de empregos, sendo a Terceirização o veículo propulsor dessa suposta “modernização”.

O Supremo Tribunal Federal pontuou os benefícios que estão atrelados a Lei da Terceirização tais como: economias de escala e de escopo; aprimoramento de tarefas pelo



aprendizado especializado; redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; etc.

Ademais, o STF coloca o princípio da eficiência, constante no art. 37 da Constituição, como fundamento precípua e justificador da lei da Terceirização, indicando que a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores.

A Terceirização, desta forma, trata-se de uma evolução no modo de produzir, sendo concebida como uma prática que tenta otimizar o processo produtivo, eliminando estoques, acelerando-se a produção e reduzindo os custos.

Contudo, quando essa lógica é aplicada à força de trabalho as consequências são dramáticas, tendo em vista que se constitui como mercadoria o próprio trabalhador.

Nesse sentido, o argumento de que com a Terceirização não somente agiliza-se a produção, mas também se incentiva novas empresas na abertura de postos de trabalho. O referido argumento afigura-se bastante duvidoso, tendo em vista que os empregados efetivos de hoje podem facilmente ser os terceirizados de amanhã.

Isto é, o capitalismo se reinventando e, inexoravelmente, corroborando para o crescimento dos níveis de desemprego e da rotatividade da mão-de-obra (DELGADO, 2003).

Desta forma, os efeitos provenientes da Lei da Terceirização configuram-se bem mais negativos do que positivos.

A realidade que está encoberta é a de que as grandes empresas estão demitindo os seus empregados e os reaproveitando, mediante as pequenas empresas, de forma ainda mais precária (VIANA, 2004).

Nessa toada, na concepção de Mauricio Godinho Delgado (2002, p. 417), "dissocia-se a relação econômica de trabalho da relação juslaboralista que lhe seria correspondente".

Portanto, uma série de questões paralelas, embora revestidas de um caráter secundário, acabam por interferir nos limites impostos à Terceirização. Assim, o próprio trabalhador, bem como o direito do trabalho, restará menos vulnerável na medida em

que mais gravosa for para as empresas à regulamentação acerca da Terceirização, diminuindo, assim, o espectro da sua incidência.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, o artigo buscou demonstrar a mordacidade da Lei da Terceirização, a qual denota a menor proteção ao trabalhador, uma vez que a atividade terceirizada implicará em uma substituição dos empregos diretos, isto é, em atividades nucleares do empreendimento, as quais são detentoras de um maior caráter protetivo.

Deste modo, percebe-se que o processo de Terceirização está sendo tratado como regra, por ambas as casas legislativas e, até mesmo, pelo judiciário quando na verdade deveria configurar-se como uma exceção.

REFERÊNCIAS

- CARRION, Valentim. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 34ª edição. Atualizada por Eduardo Carrion. Legislação Complementar e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: paradoxo do Direito do Trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2003.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25ª edição. São Paulo: Atlas S.A, 2009.
- SILVA, Antônio Álvares. **Flexibilização das relações de trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2003.
- VIANA, Márcio Túlio. **Terceirização e sindicato: um enfoque para além do Direito**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, v. 7, n. 13 e 14, Belo Horizonte, 2004.

.....



O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS A RESPEITO DA JORNADA DE TRABALHO NO BRASIL SOB UMA PERSPECTIVA CRÍTICA

.....
Larissa Ximenes de Castilho¹

1 INTRODUÇÃO

O artigo tem como objeto a regulação da jornada de trabalho no Brasil e trará um breve panorama histórico e jurídico a respeito do tema, desde as primeiras discussões a respeito da limitação da duração do trabalho até a edição da Lei 13.467/2017, que ficou conhecida como “Reforma Trabalhista”. Inicia o seu itinerário pelas primeiras discussões parlamentares a respeito do tema, ocorridas no início do século XX, motivadas pela forte atuação dos movimentos operários de caráter anarquista e socialista e pelo receio do avanço do socialismo real.

Passa pela década de 1930, quando foram publicadas as primeiras normas de âmbito nacional a respeito da duração do trabalho e prossegue até a elaboração da CLT na década de 1940, marcada pelo corporativismo do Estado Vargasista. Relata brevemente as discussões a respeito do tema ocorridas entre a década de 1950 e início da década de 1960, pelo período da ditadura militar, que teve início no ano de 1964.

Também relata o processo de constitucionalização da jornada de trabalho e a sua redução para 44 horas semanais. Realiza também uma breve incursão no período de ofensiva neoliberal, iniciado na década de 1990, marcado pela edição de normas flexibilizadoras da jornada de trabalho garantida pela Constituição Federal.

¹ Mestranda em Direito do Trabalho e Teoria Social Crítica pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco.



Mostraa retomada das discussões a respeito da redução da jornada de trabalho pelomovimento sindical, vista como estratégia de combate ao desemprego e de partilhados ganhos de produtividade, mas que não produziu os efeitos esperados. Por fim,apresenta as principais alterações introduzidas na questão do tempo de trabalhopela edição da Lei 13.467/2017, marcada pela prevalência do negociado sobre olegislado.

O seu objetivo é apresentar uma perspectiva crítica a respeito dascondições históricas, sociais, econômicas e ideológicas de produção das normastrabalhistas sobre a duração do trabalho, e a partir dessa análise identificar osmomentos de avanço e retrocesso na tutela jurídica das relações de trabalho noPaís.

2 OS PRIMEIROS PASSOS RUMO A LIMITAÇÃO DA DURAÇÃO DO TRABALHO NO BRASIL (1910-1929)

As primeiras discussões acerca da limitação da jornada de trabalho em território brasileiro tem início na primeira década do século XX, período marcado pela chegada dos imigrantes e pelo início dos processos de urbanização e industrialização. É nesse contexto que surgem os primeiros movimentos sociais organizados pela classe operária, tendo a duração do trabalho como pauta principal.

De acordo com o historiadorBórisFausto, na primeira década do século XX, o operariado brasileiro era bastante fragmentado por rivalidades étnicas porque em sua composição ainda havia muitos imigrantes que esperavam poder retornar às suas terras natais. Os operários também estavam pouco propensos a se organizar, pelo receio de não conseguir trabalho ou ser dispensados, considerando que a sindicalização os colocava na “lista negra” dos industriais.

No ano de 1911, ano em que a mobilização dos trabalhadores do comércio carioca por uma jornada de trabalho menor ganhou as páginas dos jornais e a adesão popular, o



deputado federal Nicanor do nascimento², apresentou projeto de limitação do horário de trabalho dos funcionários do comércio. Para ele, a ideia de não intervenção estatal nas relações de trabalho era falaciosa, por que existia uma vulnerabilidade econômica do empregado em relação ao seu patrão, considerando que para manter o seu posto de trabalho, o operário teria de aceitar as condições impostas por seu contratante.

“se esboroa essa theoria de limitação estabelecida pela natureza das cousas: é evidente que o caixeiro necessitado do emprego, necessitado de manter a sua subsistência, não tem a mesma liberdade mental para que a sua vontade se manifeste claramente na defesa dos seus interesses, e isto porque tem de obedecer á lei económica da offerta maior que a procura; porquanto, si ha grande offerta de trabalhadores e pequena offerta de logares, a consequência é que o trabalhador que offerece o seu trabalho, o seu serviço, offerece-o em condições muito inferiores áquelle que recebe uma proposta de muitissimos individuos necessitados de trabalho e de subsistência.” (NASCIMENTO, 1911)

Seu projeto fixava em 12 horas diárias o tempo máximo de trabalho dos empregados no comércio, incluída nesse período uma hora para repouso e alimentação. Permitia a prorrogação desse limite em casos de “evidente força maior” mas não apresentava um rol de situações que assim seriam consideradas. Também era permitida uma prorrogação semanal de três horas para arrumação da loja, que não poderia ser realizada aos sábados e dependia de uma comunicação prévia ao empregado com pelo menos vinte e quatro horas de antecedência. Além de dispor sobre o trabalho aos domingos, feriados nacionais e no sistema de turnos (*roulemant*).

Ao identificar e reconhecer a desigualdade entre empregados e empregadores, Nascimento inovou ao trazer para o debate parlamentar a ideia de ausência da livre manifestação de vontade em uma relação onde uma das partes possuía apenas a sua força de trabalho para trocar por um salário, e dele retirar a sua sobrevivência, enquanto a outra

²O parlamentar fez parte das Comissões de Constituição e Justiça e de Diplomacia e Tratados da Câmara dos Deputados, tendo apresentado, durante sua atuação política, projetos de lei visando à proteção dos trabalhadores e participado de debates públicos sobre a regulamentação das horas de trabalho no comércio. Após seu último mandato ele tornou-se professor de direito público constitucional na Universidade Livre da capital federal e professor de economia social na Faculdade Nacional de Filosofia, tendo publicado alguns livros sobre doutrinas políticas como o socialismo e o comunismo.



detinha os meios de produção e o poder de dirigir como e por quanto tempo esse trabalho seria realizado. Apesar disso, o Projeto de Lei Nº 79/1911 não foi aprovado.

Somente em 1917 a discussão parlamentar a respeito da duração do trabalho ganhou relevância novamente, quando fora apresentado Projeto de Lei Nº 284 pelo deputado Maurício de Lacerda³, que estabelecia o limite diário de oito horas de labor, seis dias por semana, proibida a prestação de horas extraordinárias, ressalvados os casos expressos em lei. O repouso hebdomadário deveria ser concedido a cada sete dias de trabalho, com duração de vinte e quatro horas consecutivas.

Considerava como tempo efetivo de trabalho “todo tempo em que o operário ou empregado deixa de livremente dispor de sua vontade ou atividade e permanece a disposição ou sob ordens do patrão. Estabelecia que nas atividades que exigissem atenção os empregados fariam jus a uma pausa de pelo menos uma hora a cada cinco horas consecutivas de trabalho, e proibia a prestação de horas extraordinárias, ressalvadas as exceções previstas em lei.

Em 1919, Maurício de Lacerda submeteu novamente o seu projeto de 1917 a respeito das horas de trabalho e repouso hebdomadário à apreciação do Congresso Nacional, tendo apresentado uma nova justificativa para a aprovação de suas propostas, no qual responsabilizava o industrialismo pela criação da massa de operários, e por suas parcas condições de vida e trabalho, advertindo seus pares a respeito do crescimento da organização de classe e a sua difusão dos centros urbanos para o interior do país, dando o exemplo dos camponeses de Pernambuco.

Para Lacerda, havia uma nova situação fática, consubstanciada nas demandas dos trabalhadores por menos horas de trabalho e no avanço do socialismo real. Por isso,

³ Maurício Paiva de Lacerda foi um político, tribuno e escritor brasileiro. Destacou-se como defensor de operários comunistas e anarquistas no início do século XX. Foi dirigente do Partido Comunista Brasileiro, tendo sido preso em 1936 acusado de participar da Intentona Comunista de 1935. Contudo, quando houve a redemocratização do país em 1945, vinculou-se à União Democrática Nacional (UDN), partido anticomunista. Pai de Carlos Lacerda.



defendia a introdução das primeiras mudanças na legislação brasileira como estratégia de prevenção das chamadas lutas civis, inspirado pelo que ocorria na Itália e na Inglaterra da época. A mudança de paradigma estritamente liberal, de não intervenção, para um estado garantidor das condições humanas de trabalho dos operários seria uma atitude preventiva contra os avanços das lutas de caráter socialista e revolucionário.

3 A REGULAMENTAÇÃO DA DURAÇÃO DO TRABALHO NO BRASIL NA DÉCADA DE 1930

É somente a partir do governo provisório de Vargas que começam a ser editadas normas de caráter mais amplo destinadas a limitar a duração do trabalho. A diferença entre as normas editadas na década de 1930 e os projetos de lei apresentados na década de 1920 eram a sua eficácia territorial, que antes era restrita a determinadas cidades e categorias e a partir de 1932 as normas trabalhistas passaram a ser de abrangência nacional, apesar de ainda especificarem as categorias às quais eram aplicáveis.

Após a Revolução de 1930 o governo provisório buscou incorporar as demandas trabalhistas a fim de evitar qualquer conflito entre operários e patrões que pudesse atrapalhar o seu projeto de desenvolvimento econômico do país, que dependia da industrialização. Uma evidência desse processo é a mudança na técnica legislativa: as normas que antes eram elaboradas e votadas pelo Congresso Nacional, poder legislativo, passavam agora para as mãos do executivo e assumiam a forma de Decretos.

Angela de Castro Gomes explica como o Estado pós-30 se comportou em relação à questão social.

O Estado do pós-30 desencadeou uma política social de produção e implementação de leis que regulavam o mercado de trabalho e, com este novo recurso de poder, conseguiu a adesão das massas trabalhadoras. O pacto social assim montado traduzia-se em um acordo que trocava os benefícios da legislação social por obediência política, uma vez que só os trabalhadores legalmente sindicalizados podiam ter acesso aos direitos do trabalho, sinônimo da condição de cidadania em um regime político autoritário como o brasileiro. [...] O Estado do pós-30, por meio de sua política social do trabalho, é caracterizado como um produtor de benefícios materiais, de bens de valor nitidamente utilitários. Por outro



lado, a classe trabalhadora, ao trocar legislação social por obediência política, estaria realizando um cálculo de custos e benefícios cuja lógica é predominantemente material e individual. (GOMES, 2005. p. 178)

Em Março de 1932 foi publicado o decreto nº 21.186 que regulava a duração do trabalho no comércio e em escritórios, limitando a duração normal do trabalho para os empregados desses estabelecimentos a oito horas diárias e quarenta e oito semanais, com um dia de repouso a cada seis dias trabalhados. As 48 horas semanais poderiam ser distribuídas de forma diferente, sem o pagamento de adicional, desde que não ultrapassassem o limite de 10 horas diárias. O trabalho noturno era aquele realizado entre as 22 horas e as 05 horas.

Com relação aos repouso, o decreto estabeleceu um intervalo durante os dias de trabalho, com duração de uma a duas horas, para que os empregados pudessem fazer suas refeições e descansar. O repouso semanal deveria ser concedido preferencialmente aos domingos, mas poderia ser suspenso por motivos de força maior. A concessão do repouso semanal em outro dia que não o domingo dependia de acordo entre patrões e empregados, ou de razões de interesse público, ou ligadas à natureza da ocupação.

O decreto também permitia a prorrogação da duração normal do trabalho, mediante um pagamento adicional, para nove horas por dia ou 54 horas semanais. Em alguns casos, também era permitida a prorrogação do trabalho para até doze horas diárias, desde que se tratasse de situações de força maior, serviços inadiáveis ou com risco de perda irreparável para o patrão; serviços especiais, como balanços, inventários, liquidações, etc.; e festejos populares ou eventos de interesse nacional.

Estavam excluídos dessa limitação os empregados que pessoas que exerciam funções de direção, gerência, fiscalização externa ou vigilância, os viajantes, representantes ou interessados do negócio e os vendedores, compradores e cobradores quando em serviço externo.

No mesmo ano, foi publicado o Decreto Nº 21.364, que fixava em oito horas diárias ou quarenta e oito horas semanais a duração normal do trabalho nos estabelecimentos



industriais. Nos moldes do decreto a respeito da duração do trabalho no comércio, as quarenta e oito horas semanais também poderiam ser redistribuídas no decorrer da semana, desde que não fosse ultrapassado o limite das dez horas diárias.

Outras categorias também tiveram a sua jornada limitada na mesma década, como os trabalhadores tais

4 A REGULAMENTAÇÃO DA DURAÇÃO DO TRABALHO NO BRASIL NA DÉCADA DE 1940

O Decreto Nº 5452/1943, também chamado de Consolidação das Leis do Trabalho foi elaborado para regular as relações capital-trabalho num novo modelo de sociedade em construção no Brasil, pautado na industrialização da economia, na urbanização da população e no corporativismo na política. Mantida a técnica de produção de normas pelo poder executivo, na forma de decreto, consagrava a ideia de um estado corporativista, que atuaria como mediador entre as duas categorias econômicas.

Ângela de Castro Gomes, ao estudar o Estado Novo, período em que foi publicada da CLT, identificou que a pobreza, naturalizada pela perspectiva liberal vigente até a primeira república, passou a ser encarada como um empecilho ao desenvolvimento social e industrial do país. Para ela, o liberalismo brasileiro sempre foi sensível às pressões das classes dominantes por intervenção estatal na economia como estratégia de salvação dos investimentos privados, mas naquele momento estava em frente a outra demanda de intervenção, especialmente no tocante à questão social. É no Estado Novo que Gomes situa a mudança de mentalidade estatal, e afirma:

É a partir daí que podemos igualmente detectar — em especial durante o Estado Novo (1937-45) — toda uma estratégia político-ideológica de combate à “pobreza”, que estaria centrada justamente na promoção do valor do trabalho. O meio por excelência de superação dos graves problemas sócioeconômicos do país, cujas causas mais profundas radicavam-se no abandono da população, seria justamente o de assegurar a essa população uma forma digna de vida. Promover o homem brasileiro, defender o desenvolvimento econômico e a paz social do país eram objetivos que se unificavam em uma mesma e grande meta: transformar o homem em cidadão/trabalhador, responsável por sua riqueza individual e também pela riqueza do conjunto da nação. (GOMES, 1999. p. 55)

O trabalho passou a ser encarado como um direito e um dever a partir da Constituição de 1937, onde estavam expressos os fundamentos jurídicos do Estado-Novo. Trabalhar passou a ser uma obrigação para com a sociedade e o Estado, e também uma condição para o exercício da cidadania. Com a criação dos Ministérios do Trabalho e da Saúde e Educação, seguida pela edição de normas a respeito da Previdência social, os benefícios se destinavam apenas aos que ostentavam a condição de empregado.

Os sindicatos tornaram-se órgãos de colaboração com o governo, dependendo de autorização prévia para sua abertura e com sua atuação regida legalmente, pautada na unicidade. O custeio de suas atividades se daria através de um imposto sindical no valor de um dia de trabalho por ano, a ser recolhido pelo Estado e repassado às entidades representativas dos trabalhadores legalmente constituídas. A realização de greves foi criminalizada.

Tendo o Estado como provedor de normas de proteção à sua saúde e segurança, além de benefícios previdenciários, as classes operárias arrefeceram em seus movimentos para usufruir desse sistema, uma escolha pautada na ideia de custo-benefício. Se o custo de manter-se protegido pela legislação era diminuir os ritmos de reivindicação, além de obedecer à estrutura sindical prescrita pelo governo Vargas, então assim seria feito. Foi a partir da conjugação da edição de normas com as vantagens materiais delas decorrentes que Getúlio conseguiu a cooptação dessas classes e a sua adesão ao projeto de desenvolvimento nacional.

O então Ministro do Trabalho Alexandre Marcondes Filho, explicava o que era a Consolidação das Leis do Trabalho e a sua adequação ao momento histórico e jurídico na qual foi concebida. De acordo com o documento de justificativa da CLT, publicado e assinado por ele em 1943,

9. Entre a compilação ou coleção de leis de um código - que são, respectivamente, os momentos extremos de um processo de corporificação do direito - existe a consolidação, que é a fase própria da concatenação dos textos e da coordenação dos princípios, quando já se denuncia primeiro o pensamento do sistema, depois de haverem sido reguladas, de modo amplo, relações sociais em determinado



plano ela viela política. [...] 11 . Ésse o significado da Consolidação, que não é uma coleção de leis, mas a sua coordenação sistematizada, Não é apenas um engenho de arquitetura legislativa, mas uma recapitulação dos valores coerentes, que resultaram de uma grande expansão legislativa anterior, em um dado ramo do direito. 12 . É o diploma do idealismo excepcional do Brasil, orientado pela clarividência genial de V. Ex., reajustando o imenso e fundamental processo de sua dinâmica econômica, nas suas relações com o trabalho, aos padrões mais altos de dignidade e de humanidade da justiça social. É incontestavelmente a síntese das instituições políticas estabelecidas por V. Ex. desde o início de seu govêrno. (MARCONDES FILHO, 1943)

A CLT dedicou o seu Capítulo II, que compreende os artigos 58 a 75, à limitação da Duração normal do trabalho, fixada em oito horas diárias para todos os empregados protegidos por ela, assim considerados aqueles que preenchessem os requisitos previstos em seu artigo 3º.⁴ Garantiu um repouso semanal remunerado a cada seis dias consecutivos de trabalho, com duração mínima de 24 horas, que deveria ser concedido preferencialmente aos domingos, salvo nos casos de conveniência pública ou necessidade imperiosa, nos quais poderia ser concedido em dia diferente. Entre o término de um dia de trabalho e o início de outro a CLT tornou obrigatório o intervalo de pelo menos 11 horas consecutivas.

Durante o dia de trabalho também ficou estabelecida a obrigatoriedade do intervalo para repouso e alimentação com duração de 15 minutos para os empregados cuja jornada superior a 4 e até 6 horas, e para aqueles com duração superior a seis horas o intervalo mínimo seria de 1 hora e o máximo de duas. A CLT também tratou do conceito de tempo efetivo de trabalho, considerando como tal o período em que o empregado estivesse à disposição do empregador aguardando ou recebendo ordens.

A prorrogação da jornada de trabalho normal poderia ser feita mediante acordo individual ou coletivo, na forma escrita, por até duas horas por dia, mediante o pagamento de um valor adicional de 20% sobre o valor da hora normal. Essa prorrogação também

⁴Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.



poderia ser feita sem o pagamento de adicional, como um rearranjo das horas durante os dias na semana para que o trabalho aos sábados fosse menor. Nas atividades consideradas insalubres, a prorrogação da jornada diária de trabalho só poderia ser feita mediante licença previa das autoridades competentes.

Quanto ao trabalho noturno, a CLT assim considerava aquele realizado entre as 22h e as 05 da manhã, tendo a hora noturna a duração de 52 minutos e 30 segundos. (Porque isso) Para esse tipo de trabalho, considerando a sua natureza mais gravosa do ponto de vista da saúde do empregado, era previsto o pagamento de um valor adicional de 20% sobre o valor da hora normal de trabalho.

É importante reforçar a diferença entre Consolidação e cristalização dos direitos trabalhistas. A CLT agrupou em um único diploma as disposições contidas em normas esparsas que estavam sendo editadas desde a década de 1920, suprimindo suas lacunas e dando-lhe coerência de sistema jurídico. Mas isso não significou uma cristalização dos direitos trabalhistas e tampouco tornou as suas disposições imutáveis. Ao longo da história das relações de trabalho no Brasil, as leis do trabalho sofreram modificações profundamente ligadas à conjuntura econômica do país e à capacidade de pressão das classes trabalhadora e patronal.

5 A DURAÇÃO DO TRABALHO NO CONTEXTO DA DITADURA MILITAR (1964-1985)

Nas décadas de 1950 e 1960 não houve mudanças expressivas no tocante à duração do trabalho, apesar de o tema nunca ter saído de pauta nos movimentos operários. Merecem destaque nesse período as grandes greves ocorridas em 1968 em Contagem-MG e em Osasco-SP.

A primeira se foi realizada na siderúrgica Belgo Mineira, quando os operários paralisaram o trabalho e fizeram os seus diretores de reféns. Em uma semana,



conseguiram a adesão de 15 mil trabalhadores, que paralisaram suas atividades para exigir um aumento salarial de 25%.

A greve de Osasco resultou da reunião de trabalhadores e de estudantes, tendo sido influenciada pela vitória da Revolução Cubana e pelos movimentos de guerrilha surgidos na América Latina, naquele momento. A greve iniciou com a ocupação da Cobrasma e sofreu violenta repressão da ditadura militar. O Sindicato dos Metalúrgicos sofreu intervenção do Ministério do Trabalho, e José Ibraim, à época presidente da entidade, foi colocado na clandestinidade.

Quanto à legislação trabalhista, especialmente no que tange à duração do trabalho, cabe destacar a edição do Decreto-Lei nº 1.535, de 13 de abril de 1977, que alterou o Capítulo IV do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo às Férias, aumentando a sua duração para 30 dias anuais, e permitindo que os empregados contratados há menos de 12 meses tivessem direito a férias proporcionais. Mantinha-se a mesma técnica legislativa do período do Estado Novo, no intuito de colocar o Estado como provedor das soluções para os conflitos capital-trabalho.

6 A DURAÇÃO DO TRABALHO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Na década de 1980, com o início das tratativas para a redemocratização do Brasil e o processo de elaboração de uma nova constituição, foram apresentadas diferentes propostas a respeito do tema duração do trabalho. As sugestões partiam dos principais grupos de pressão atuantes na sociedade brasileira da época, como a Igreja Católica (CNBB), os partidos políticos de esquerda, os sindicatos e o empresariado.

O empresariado apressou-se em marcar posição favorável que chamavam de renascer do liberalismo clássico através da nova Constituição. Defendiam que os direitos do trabalhador, os direitos "sociais", não deveriam constituir a base da Ordem Econômica, pois as constituições anteriores apenas sublinhavam o trabalho, valorizando-o como



princípio básico. A constitucionalização dos Direitos dos Trabalhadores era vista de forma negativa pelo empresariado, como um excesso de intervenção do Estado.

Para Vidigal Filho, representante dos empresários paulistas ligados à FIESP, a Constituição econômica por eles pretendida deveria

[...] visar acima de tudo à consagração e à garantia da liberdade. Deve rejeitar, portanto, a extensão ilimitada do poder econômico do Estado, preservar a economia de mercado, reconhecer o primado da iniciativa privada (prevendo mecanismos que assegurem de fato essa primazia), reconhecer os direitos do trabalhador mas preservar o capital, consequentemente o direito de propriedade e o lucro, tudo isto norteado pelo bem comum.(VIDIGAL FILHO, 1985)

Em 1987 a CNBB lançou o documento pastoral de nº 36, que apresentava as exigências concretas da Igreja Católica a respeito de temas que mereciam ser pautados nas discussões das comissões Constituintes. A pastoral não especificava uma limitação ideal para a jornada de trabalho, mas no item nº 103, exigia que fosse discutida uma divisão do trabalho que permitisse a ascensão política, econômica, social e cultural da classe trabalhadora brasileira.

Os partidos políticos apresentavam propostas distintas para a duração do trabalho no âmbito da constituinte. Os setores de direita eram favoráveis à manutenção da jornada em 48 horas semanais e oito diárias, já vigente desde a publicação da CLT, em 1943. Os setores de esquerda apresentavam a proposta de redução da jornada de 48 para 40 horas semanais. O Centrão manteve posição entre os interesses de esquerda e direita, tendo apresentado e conseguido aprovar a proposta de jornada de trabalho com duração de 44 horas semanais.

Outro ponto que foi objeto de deliberação durante o período da Constituinte foi a duração do trabalho em turnos, que era de oito horas, com a previsão do dever de concessão de uma folga coincidente com o domingo a cada sete semanas. A proposta de redução dessa quantidade para seis horas gerou um grande incômodo no setor empresarial e foi objeto de polêmica até a sua aprovação em 1988.



A garantia de uma duração normal do trabalho não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada mediante acordo ou convenção de trabalho, tornou-se constitucional, contrariando as expectativas de renascimento do liberalismo clássico do patronato. Porém, os interesses dos setores progressistas e de esquerda também não foram atendidos em sua integralidade, considerando que a sua proposta inicial era de 40 horas semanais de trabalho. Ao final da votação, o chamado “Centrão” saiu vitorioso nas discussões a esse respeito.

7 A DURAÇÃO DO TRABALHO NO BRASIL NOS ANOS 1990 E 2000

Durante a década de 1990, época em que a agenda neoliberal estava na pauta dos governos que se sucederam, há registros de várias iniciativas flexibilizadoras dos direitos trabalhistas inscritos na Constituição de 1988, razão pela qual Altamiro Borges e Marcio Pochmann classificam essas ações como produto da ofensiva neoliberal contra o trabalho, em curso naquele momento.

Borges atribui ao governo de Fernando Henrique Cardoso a responsabilidade pelo profundo e radical desmonte de parte da legislação trabalhista brasileira, durante os seus dois mandatos, e acredita que o ex-presidente entrará para a história por ter provocado os maiores estragos nas relações de trabalho no País. (BORGES; POCHMANN. 2002). De acordo com os autores, o desmonte da proteção ao trabalho foi realizado de maneira gradual, a fim de evitar mobilizações expressivas, que pudessem atrapalhar sua marcha.

No tocante à duração do trabalho, como visto acima, as principais alterações vieram com a Lei nº 9.601/1998, que instituiu o “Banco de horas”, a Medida Provisória (MP) nº 1.709/1998⁵ que ampliou a utilização do trabalho em tempo parcial (até 25 horas

⁵ Essa medida sofreu alterações em sua redação, foi revogada e reeditada sob diversas numerações, desde a data de sua primeira edição em 1998, até a última alteração, estabelecida pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 24 de agosto de 2001.



semanais), com redução do custo do trabalho para as empresas, e com a Lei nº 10.101/2000 que concedeu autorização para o trabalho aos domingos no comércio varejista, mediante aprovação do governo municipal.

A Lei 9.601/1998, que tratava do contrato de trabalho por prazo determinado e de outras providências alterou a redação do Art. 59 da CLT, instituindo a compensação de horas extra sem o pagamento de adicional. O argumento dessa alteração era substituir as horas trabalhadas em excesso por mais tempo livre em outro dia.

Em 2001, a redação desse dispositivo foi alterada novamente, através da Medida Provisória nº 2.164-41 e o prazo máximo para compensação das horas trabalhadas em excesso passou a ser de até um ano, em vez de 120 dias, como na redação original da lei 9.601/1998. A dilatação do prazo para compensação de horas extra via banco de horas, retardou ainda mais o acesso dos empregados ao tempo livre prometido quando da alteração da CLT, tornando bastante questionável o seu caráter benéfico.

Importante destacar que permaneceu a cargo do empregador decidir em que momento seria interessante às necessidades empresariais conceder os dias livres ao empregado, equivalente às horas extra trabalhadas. Dessa forma, o empregado continuava a prestar horas extra, sem a percepção de valor adicional e sem o controle do tempo livre que ia adquirindo a medida em que trabalhava mais, o que impossibilitava o maior acesso a momentos de lazer, prometido quando houve a iniciativa flexibilizadora.

Entre 2004 e 2009, as Centrais Sindicais e o DIEESE lançaram uma Campanha Nacional pela Redução da Jornada de Trabalho, na Assembleia Legislativa de São Paulo. Essa campanha estava voltada para uma redução do tempo efetivo de trabalho, considerando as horas normais e suplementares. Para esses setores,

“uma política pública ou um amplo acordo coletivo nacional de redução da jornada normal de trabalho com o objetivo de gerar novos empregos obrigatoriamente deve estar acompanhada de medidas que impeçam que a redução seja compensada pela utilização de horas extras.”



Apesar do tema “redução da jornada de trabalho” ter tomado fôlego, de terem sido elaborados estudos de viabilidade técnica e econômica de sua implementação, na prática não ocorreu nenhuma mudança efetiva na duração do trabalho, nem por via estatal, nem por meio do processo negocial de formação da norma trabalhista.

Em 06 de julho de 2015 a Presidenta da República Dilma Rousseff editou a Medida Provisória nº 680, que instituiu o PPE- Plano de Proteção ao Emprego, alinhada com a estratégia de compartilhamento de trabalho (*work-sharing*) apresentada pela OIT⁶. O PPE tinha como objetivoviabilizar a preservação dos empregos em momentos de retração da atividade econômica e favorecer a recuperação econômico-financeira das empresas e como público alvo as empresas em dificuldades econômico-financeiras nas condições e forma estabelecidas no Art. 6º do Decreto Nº 8.479/2015.

As empresas que aderissem ao PPE poderiam reduzir em até 30% a jornada de trabalho de seus empregados, com a redução proporcional do salário por até seis meses, prorrogável até o limite máximo de 12 meses. Os empregados que tivessem seu salário reduzido, fariam jus a uma compensação pecuniária equivalente a cinquenta por cento do valor da redução salarial e limitada a 65% do valor máximo da parcela do seguro-desemprego, durante o período de redução temporária da jornada de trabalho, custeado com recursos do FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador.

Em 2017, após o golpe jurídico-midiático que acarretou o impedimento da Presidenta Dilma Rousseff, colocando em seu lugar o presidente ilegítimo Michel Temer, iniciou-se uma nova ofensiva neoliberal contra os direitos dos trabalhadores brasileiros.

⁶ Segundo documento lançado em 2009 pela OIT, a estratégia de *work-sharing* possui cinco elementos chave, que são: a) a redução de horas de trabalho dos empregados de determinada empresa, ou unidade dentro da empresa, a fim de evitar demissões; b) redução de salário proporcional ao número de horas reduzidas da jornada; c) suplementos salariais subsidiados pelo poder público do local em que se situa a empresa ou unidade objeto de *work-sharing*; d) o estabelecimento de um tempo limite para a vigência das medidas de redução de jornada, que necessariamente devem ser temporárias e, e) a conexão entre as medidas de *work-sharing* e a participação dos trabalhadores em atividades que melhores suas habilidades e qualificações. Somente as empresas que estejam comprovadamente passando por dificuldades financeiras decorrentes de crise econômica e não desencadeadas pelo empregador, podem participar dos programas de *work-sharing* a serem implementados nos locais em que estejam situados.

Com o apoio do Congresso Nacional e de grandes empresários e rentistas, Temer conseguiu aprovar a chamada “Reforma Trabalhista”, contida na Lei Nº 13.467/2017, que trouxe impactos significativos em diversos dispositivos de proteção aos trabalhadores, inclusive no tocante à duração do trabalho, que será objeto do tópico a seguir.

8 A DURAÇÃO DO TRABALHO NA LEI 13.467/2017

Com a edição da Lei Nº 13.467/2017, também chamada de “reforma trabalhista”, a duração do trabalho sofreu alterações expressivas, retirando disposições de caráter protetivo da Consolidação das Leis do Trabalho, no intuito de proporcionar um novo patamar de flexibilidade nas relações laborais, requerido pela classe patronal como alternativa de salvação em face da crise econômica.

A alteração introduzida pela Lei 13.467/2017 na disciplina legal das horas *in itinere*, deixa claro que

O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.

Com a inclusão do Artigo 58-A na Consolidação das Leis do Trabalho, o trabalho em regime de tempo parcial, anteriormente definido como aquele cuja duração não fosse superior a 25 horas semanais, foi modificado. A partir dessa modificação, passaram a existir dois tipos de trabalho em tempo parcial, que são: a) aquele cuja duração não exceda trinta horas semanais, proibida a prestação de horas suplementares; ou b) aquele cuja duração não exceda a vinte e seis horas semanais, com a possibilidade de acréscimo de até seis horas suplementares semanais, totalizando 32 horas semanais.

A redação anterior da CLT proibia a prestação de horas extraordinárias pelos trabalhadores contratados sob o regime de tempo parcial. Essa proibição permaneceu apenas com relação aos contratos de trinta horas semanais, sendo as horas suplementares à duração do trabalho semanal normal pagas com o acréscimo de 50% sobre o valor da



hora normal, inclusive nos contratos com duração inferior a 26 horas. Também ficou permitida a compensação das horas suplementares, desde que feita diretamente até a semana imediatamente posterior à da sua execução, devendo ser feita a quitação das horas não compensadas na folha de pagamento do mês subsequente.

Os empregados em tempo parcial também estão autorizados a converter um terço do período de férias a que tiverem direito em abono pecuniário. As férias desses empregados continuam sendo regidas pelo disposto no art. 130 desta Consolidação, sendo concedidas de maneira proporcional ao número de horas trabalhadas.

A compensação de horas extra mediante o banco de horas permaneceu, mas foi alterada pelos parágrafos 5º e 6º, adicionado ao Artigo 59 da CLT pela lei 13.467/2017. Foi concedida a permissão legal para que o banco de horas pudesse ser pactuado através acordo individual escrito, desde que a compensação das horas ocorra no período máximo de seis meses. Também ficou estabelecido um regime semelhante de compensação de jornada, estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação das horas extra trabalhadas no mesmo mês.

Ao estabelecer essas novas espécies de compensação de jornada, o legislador acabou por relativizar a limitação diária do trabalho, permitindo o seu prolongamento, mediante uma compensação *a posteriori*, que deverá ser negociada diretamente por patrões e empregados. A limitação de oito horas diárias torna-se uma ficção, uma vez que os regimes de compensação supracitados podem ser "pactuados" inclusive mediante acordo tácito, para o qual não fica claro o período de vigência nem as condições da tal avença.

Com a inclusão do artigo 59-A na CLT, ficou permitido estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. Foi retirada a exigência de licença prévia para esse tipo de jornada nas atividades insalubres, o que indica um retorno à contratualização da jornada de trabalho vigente antes mesmo de se

legislar sobre o assunto, ainda no início do século XX. O Parágrafo único do referido artigo ainda estabelece que

A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação.

O Art. 59-B, também incluído na CLT pela “Reforma Trabalhista”, deixa transparecer a prevalência do limite semanal de jornada em detrimento do limite diário, ao estabelecer que

o não atendimento das exigências legais para compensação de jornada, inclusive quando estabelecida mediante acordo tácito, não implicará em repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária se não ultrapassada a duração máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional.

Essa previsão torna a prorrogação da duração do trabalho ainda mais vantajosa para os empregadores, especialmente quando aliada ao fato de que, a partir da vigência da Lei 13.467/2017 a prestação de horas extras habituais não descaracterizará o acordo de compensação de jornada e o banco de horas.

O excesso de trabalho, nos casos de força maior e de necessidade imperiosa, agora poderá ser exigido independentemente de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho e também de qualquer comunicado às autoridades competentes para fiscalização, o que dificultará ainda mais a verificação da veracidade das alegações dos patrões.

Quanto aos intervalos, a principal alteração se deu no âmbito daqueles para repouso e alimentação durante a jornada diária. Nas atividades com escala 12x36 eles poderão ser observados ou indenizados, medida questionável do ponto de vista da saúde do trabalhador, que pode agora ter que se alimentar no próprio posto de trabalho, ou ficar sem se alimentar, aguardando a indenização do período destinado a esse repouso.

A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, a partir da vigência da Lei



13.467/2017 implicará o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. Antes dessa alteração, era devido o pagamento da hora completa não concedida, a fim de desestimular a não concessão desses intervalos.

Outra espécie de jornada de trabalho foi incluída na CLT, chamada de trabalho intermitente. Esse tipo de trabalho se caracteriza pela alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, para qualquer tipo de atividade do empregado ou do empregador. O empregado sujeito a esse regime de prestação de serviços será convocado, por qualquer meio, com no mínimo 3 dias de antecedência e terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado do empregador. Caso ele responda afirmativamente não compareça ao local de trabalho, deverá pagar ao empregador 50% da remuneração que lhe seria devida ou, compensar as horas aceitas e não trabalhadas em outro momento.

A CLT também prevê que a recusa em atender à convocação do empregador não descaracteriza a subordinação. Quanto à forma de celebração do contrato, há duas previsões inscritas na legislação. O artigo 443 da CLT prevê que "O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente". Logo em seguida se verifica que o Art. 452-A do referido diploma estabelece que

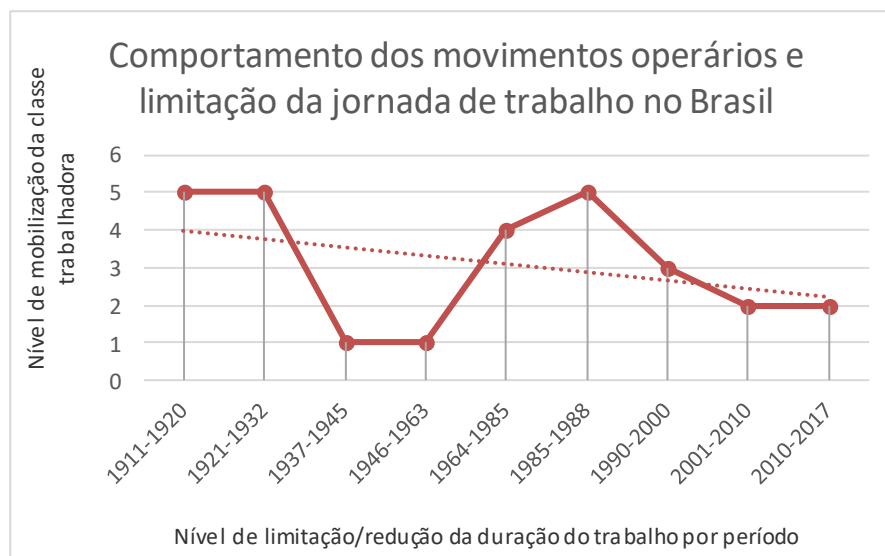
O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

9 CONCLUSÃO

A partir dos documentos consultados para compor o presente artigo, foi possível perceber que nos momentos de maior mobilização das classes trabalhadoras foram conquistadas as principais alterações em termos de duração do trabalho. Do mesmo modo, é possível perceber que nos períodos de arrefecimento das lutas operárias, a

quantidade de horas trabalhadas não sofreu nenhuma diminuição, tendo permanecido estável, conforme se viu nos tópicos que trataram das décadas de 1940 a 1960. Nos períodos de maior fragilidade sindical é possível perceber a implementação de estratégias de flexibilização das normas trabalhistas a respeito da jornada de trabalho, como vem ocorrendo desde a década de 1990, atingindo o seu ápice com a reforma trabalhista em vigor a partir de novembro deste ano.

O gráfico a seguir ilustra a relação de proporcionalidade entre essa capacidade de organização e a edição de normas limitadoras da duração do trabalho no Brasil. A linha pontilhada indica a tendência à perda de direitos trabalhistas nos momentos de maior fragilidade sindical. Considera-se, para a leitura do gráfico, uma escala de 1 a 5 no nível de mobilização da classe trabalhadora, que vai de desmobilizada (1) a muito mobilizada (5).



REFERÊNCIAS

BRASIL Decreto nº 2.066 de 12 de novembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d2066.htm. Acesso em: 28/09/2017

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Sessão de 15 de Julho de 1911. Apresentação de Projeto de Lei pelo deputado Nicanor do Nascimento. **Legislação Social**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 36-41, setembro, 1918.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Sessão de 15 de Julho de 1911. Apresentação de Projeto de Lei pelo deputado Maurício de Lacerda. **Legislação Social**, Rio de Janeiro, v. 3, p. 267-293, setembro, 1922.



BRASIL. **Decreto nº 21.186**, de 22 de Março de 1932. Regula o horário para o trabalho no comércio. Disponível em: <https://goo.gl/AxhYdx>Acesso em: 28/09/2017

BRASIL. **Decreto nº 21.364**, de 4 de Maio de 1932. Regula o horário para o trabalho industrial.. Disponível em: <https://goo.gl/CyZELTA>Acesso em: 28/09/2017

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28/09/2017

BRASIL. **Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) nº 865/1995**. Disponível em: <https://goo.gl/LpYaX5>. Acesso em: 28/09/2017

BRASIL. **Decreto nº 2.100 de 20 de dezembro de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d2100.htm. Acesso em: 28/09/2017

BRASIL. **Decreto nº 8.479, de 6 de julho de 2015**. Regulamenta o disposto na Medida Provisória nº 680, de 6 de julho de 2015, que institui o Programa de Proteção ao Emprego.. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8479.htm>

BRASIL. **Decreto-lei Nº 5.452**, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm Acesso em: 28/09/2017

BRASIL. **Lei nº 9.468 de 10 de julho de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9468.htm. Acesso em: 28/09/2017

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 19 de 04 de junho 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm. Acesso em: 28/09/2017

BRASIL. **Medida Provisória nº 1.709 de 6 de agosto de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1709.htm. Acesso em: 28/09/2017

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 28 de 25 de maio de 2000**. Dá nova redação ao inciso XXIX do art. 7o e revoga o art. 233 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm Acesso em: 28/09/2017

BRASIL. **Lei nº 10.097 de 19 de dezembro de 2000**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10097.htm. Acesso em: 28/09/2017.

BRASIL. **Lei nº 10.101 de 19 de dezembro de 2000**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10101.htm. Acesso em: 28/09/2017

BRASIL. **Lei Nº 13.467 de 13 de Julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em:



http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 28/09/2017.

BRASIL. **Lei nº 9.601**, de 21 de janeiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9601.htm Acesso em: 28/09/2017

BRASIL. **Medida provisória nº 680, de 06 de julho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv680.htm>

BORGES, Altamiro; POCHMANN, Marcio. "Era FHC" a regressão no trabalho. São Paulo: Anita Garibaldi, 2002.

CENEVIVA, Walter. **Indústria quer liberalismo clássico**. Folha de São Paulo, São Paulo, ago. 1986. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/114408>. Acesso em: 28/09/2017.

CNBB. **Por uma nova ordem constitucional: declaração pastoral nº 36**. 24ª Assembleia Geral. Disponível em: <https://efosm.files.wordpress.com/2013/02/cnbb-doc-36-e28093-por-uma-nova-ordem-constitucional-e28093-declarac3a7c3a3o-pastoral.pdf> . Acesso em: 28/09/2017.

FAUSTO, Bóris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995.

GOMES, Angela Maria de Castro. **A invenção do Trabalhismo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

_____. **Repensando o Estado Novo**. Organizadora: Dulce Pandolfi. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999. 345 p.

MACHADO FILHO, Alexandre Marcondes. Exposição de motivos [da Consolidação das Leis de Proteção ao Trabalho]. In: **CONSOLIDAÇÃO das Leis do Trabalho e leis complementares**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948. p. 3-10. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/29280>. Acesso em: 28/09/2017

VIDIGAL FILHO, L.E.B. **Contribuição para uma Constituição Brasileira**. O Estado de São Paulo, São Paulo, março. 1988. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/113736>. Acesso em: 28/09/2017.

.....



ECONOMIA SOLIDÁRIA E OS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS NO CONTEXTO PÓS-INDUSTRIAL:

UM PASSO PARA ÉTICA DIALÓGICA E REDEFINIÇÃO DO OBJETO DO DIREITO DO TRABALHO

.....

Diego Nieto de Albuquerque¹

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa trazer pequena contribuição científica ao debate das novas formas de atividade e renda no contexto da realidade contemporânea, por intermédio dos empreendimentos da chamada economia solidária, e por meio da análise do surgimento dos novos movimentos sociais, dos movimentos em redes, e suas formas emancipatórias para formulação de um diálogo simétrico nas relações de produção e trabalho.

Na trilha dessa proposição, objetiva-se com a pesquisa reforçar a necessária redefinição e ampliação do objeto tradicional do direito do trabalho, centrado no trabalho subordinado e assalariado, para transpassar suas bases convencionais e contribuir para formulação de novos paradigmas protetivos da ciência laboral em torno das mais variadas formas de trabalho e renda (na oportunidade nas atividades solidárias), haja vista a sua essencialidade como condição existencial básica humana.

A pesquisa parte do reconhecimento da atividade e do trabalho como condição inerente à vida, tentando em suas linhas mais superficiais identificar o surgimento desse ramo do direito no fenômeno da modernidade, e ainda, demonstrar a ruína do Estado Social e do emprego formal, principalmente a partir da década de 1970, face aos mais variados acontecimentos históricos ocorridos nesse período definido.

O recorte temporal eleito se justifica por se observar que a partir dessa crise de

¹ Mestrando na linha Direito do Trabalho e Teoria Social Crítica pela Universidade Federal de Pernambuco. Advogado e Professor. E-mail: diegonieto84@gmail.com

empregabilidade, em consentâneo ao fim do Estado Social e advento da hegemonia única do Capital no mundo, se pode identificar o (res)surgimento das atividades de economia social e solidária e novas formas não convencionais de renda.

Numa abordagem bibliográfica, pautado em alguns autores modernos (a ex: Habermas) e pós-modernos (a ex: Bauman); além do resgate de dados já consolidados e obtidos de fontes respeitáveis como SENAES (Secretaria Nacional de Economias Solidária) – vinculado ao Ministério do Trabalho - e da OIT (Organização Internacional do Trabalho), procura-se empreender uma metodologia social crítica aos ditames tradicionais do direito do trabalho, partindo das evidências histórica e dos dados coligidos para colaborar no caminho da refutação do objeto convencional do trabalho subordinado e realçar a necessidade da ampliação das sombras de proteção dessa ciência do direito, sob uma perspectiva habermasiana da ação discursiva e comunicativa.

Vê-se, pois, que através de novos moldes dialogados é possível construir uma sociedade menos vertical a partir de uma ética produtiva mais solidária e relações de produção e consumo mais justas.

2 A ESSENCIALIDADE HUMANA DO TRABALHO, SUA FORMULAÇÃO NA MODERNIDADE E SEUS CONTORNOS NA REALIDADE CONTEMPORÂNEA FRENTE AOS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS

Desde os tempos mais remotos, a relação entre o homem e o trabalho se mantém em estreita simbiose, podendo estabelecer-se uma comparação didática, para fins de entendimento, na seguinte proporção: assim como o corpo humano e suas células se conformam para as relações biológicas, o homem e o trabalho se perfazem para as relações sociais.

Não há filosofia, saber, religião, crença, conhecimento, seja no Ocidente ou no Oriente, nem quaisquer outras formas cognitivas de racionalidade e/ou pensamento que não considere o trabalho como algo próprio da condição humana. É e tem sido assim



desde a mais tenra e rudimentar experiência humana aqui na terra.

Nas escrituras e livros sagrados, encontram-se as mais variadas expressões desse objeto e relação, principalmente associando o trabalho e o esforço à prosperidade, à manutenção da sobrevivência. Veja-se as expressões retiradas somente de uma de suas partes:

As mãos preguiçosas causam a indigência; a mãos diligente seenriquece. (BÍBLIA, Provérbios 10, 4); O homem se farta com o fruto de sua boca; cada qual recebe a recompensa da obra de suas mãos (BÍBLIA, Provérbios 12, 14);
A mão diligente dominará; a mão preguiçosa torna-se tributária. (BÍBLIA, Provérbios 12, 24);

Não diferente se observa, como dito, nas sociedades do Oriente, na medida em que se extrai do texto do Bhagavad-Gita, uma parte do livro sagrado e épico dos Hindus (o Mahabharata), na qual Krsna (Deus) trava diálogo com seu amigo e devoto Arjuna, explicando a essencialidade do trabalho e sistema de classe naquela sociedade:

Ele não aconselha Arjuna a simplesmente lembrar-se dele e a abandonar sua ocupação. Não, o Senhor jamais sugere algo inviável. Neste mundo material, para manter o corpo, deve-se trabalhar. De acordo com o tipo de trabalho, a (sociedade humana é dividida em quatro ordens sociais — brāhmaṇa, kṣatriya, vaiśya e śūdra. A classe brāhmaṇa, ou classe intelectual, trabalha de determinada maneira; a classe kṣatriya, ou administrativa, trabalha de outra maneira; e a classe mercantil e os trabalhadores estão todos cuidando de seus deveres específicos. Na sociedade humana, quer alguém seja trabalhador, comerciante, administrador ou fazendeiro, quer pertença à classe mais elevada e seja um literato, cientista ou teólogo, ele tem de subsistir através de seu trabalho. (PRABHUPADA, 2017, p. 39-40)

Há quem diga, ainda, que o labor e o trabalho já vêm associado ao próprio drama da culpa original e a expulsão de Adão e Eva do Paraíso, passando o homem a viver a maldição de ter desrespeitado às ordens do Divino, que como retribuição terá que viver da terra e "...Tirarás dela com trabalhos penosos o teu sustento todos os dias da tua vida" (BÍBLIA, Gênesis 3,17).

Pela evidência do transcorrer histórico, o fato é que a expressão "trabalho" ganha os mais variados significados (RAMOS FILHO, 2012), expressões, configurações e moldes, em cada momento de espaço-tempo bem definido. A depender do corte histórico que se pegue para análise, é possível constatar uma forma de trabalho predominante para cada



época. Seja nos grilhões da escravidão da antiguidade; seja nas lascívias servis da idade média; ou até no regime organizado das corporações trabalho; chegando ao trabalho subordinado da modernidade – ainda que produzido numa verdadeira aporia aristotélica (ANDRADE, 2014) – no discurso inatamente contraditório do trabalho livre/subordinado.

É assim, a partir desse último modelo (de trabalho e produção) desenhado nos albores da modernidade, com a vitória da burguesia sobre o feudalismo, que vai se construir toda a fortaleza – diga-se de passagem: não mais medieval - do capitalismo clássico juntamente com a criação do Direito do Trabalho como ciência jurídica legitimante. Era muito claro! O iluminismo e sua moral libertária, revolucionária, viria deixar o legado crítico e filosófico para um novo modo de vida através da razão (MERQUIOR apud ANDRADE, 2014) e do contrato.

É que as relações de trabalho nesse novo contexto de modernidade precisavam ser estabilizadas e reguladas. O sistema necessitaria se aperfeiçoar para tornar viável o projeto da revolução industrial e do capitalismo produtivo da época num novo *ethos* fundamental.

A transição de uma economia e sociedade predominantemente feudal para uma lógica de acumulação e circulação mercantil baseada na produção e no consumo teve que cobrar seu preço.

As mais variadas manifestações e revoltas passo-a-passo passaram a ocupar o cenário a partir da segunda metade do século XIX e início do século XX e o projeto de implantação do sistema capitalista teve que buscar nas estruturas de poder os seus mecanismos existenciais para viabilizar o novo sonho da burguesia. Entra em cena o chamado Estado Jardineiro de Bauman (1999), e, através de um novo ramo do saber jurídico, procura-se regular e “harmonizar” essa relação política e econômica de Capital x Trabalho: é nesse cenário que ocorre a formulação do Direito do Trabalho.

Por algum período, a vinda da Legislação Social (já buscada desde início do século XX) trouxe relativa pacificação das relações, aproximando inclusive o movimento sindical de uma luta eminentemente mais reformistas do que revolucionária dos períodos anteriores. Parecia o encaixe perfeito para os interesses da nova classe emergente de



capitalistas (principalmente industriais) e também dos proletariados, que através do Estado de Providência, passaram a perceber uma relativa diminuição nas barbáries das fases iniciais da revolução produtiva e melhorias na obtenção de renda e consumo. Estava em cena o Estado Social.

Aliado a todo esse contexto, vivenciava-se em paralelo no mundo, antes da segunda guerra mundial (de 1940/1945), a existência de diversas propostas políticas-ideológicas, como exemplo do Nazi-fascismo, Capitalismo e do Socialismo Russo que após o grande conflito se resume apenas na bipolarização do mundo entre os vencedores: Capitalismo (EUA) e Socialismo (URSS).

Esse mundo dividido entre as duas potências do pós-guerra deixa suas marcas para além da chamada “guerra fria”. Ocorre, a partir da década de 70 desse mesmo século, a eclosão de uma variedade de eventos que produzem efeitos consideráveis na realidade até então.

Para essa singela pesquisa, é partindo desse momento histórico que esse autor se propõe a realizar um recorte temporal próprio a observar algumas consequências da contemporaneidade e da pós-industrialidade (ou pós-modernidade), na ótica de uma Economia Social/Solidária e dos Novos Movimentos Sociais (NMS) desse período.

Acontecimentos como: a crise do petróleo em 1970, a implantação dos governos ultraliberais de Thatcher (ING) e Reagan (EUA), o consenso de Washington, a queda do muro de Berlim, a mundialização do planeta com a globalização dos mercados, a implantação da ideologia única (do capital) face à derrota do projeto social da URSS na década de 1990, o declínio do Estado de Bem-Estar Social, a ampliação das desigualdades no planeta, o aumento da concentração das riquezas nas mãos da minoria mais abastada da população, o crescimento do capital especulativo (improdutivo) em detrimento do capital produtivo (industrial), o esvaziamento dos sindicatos, a desfragmentação da classe obreira, a precarização das atividades, a automação dos postos de trabalho; todos esses aspectos modificam por completo o contexto na qual surgiu o direito do trabalho e

expõe a “fratura óssea” de sua base teórica na concepção de trabalho livre/subordinado como outrora forjado no período do capitalismo industrial.

Ainda na esteira de consequências, passa-se a observar o aumento da informalidade, o surgimento de mecanismos de renda compartilhados, e por certo ponto de vista, a ressurgir as propostas de empreendimentos de Economia Social e Solidária, que já noutro momento histórico tinha se apresentado como medida de produção e sobrevivência.

Na transversal dessas experiências, observa-se, ainda, sobejamente a partir dos anos 2000 a erupção de diversas manifestações sociais, que para análise dos acadêmicos das ciências políticas e sociais, podem ser taxados como novos movimentos sociais (NMS); haja vista o conjunto de características em si verificadas, tendo como um dos eixos fundamentais o uso da internet, das redes sociais, e do arcabouço tecnológico fornecido pelo sistema globalizante que acaba “provando do próprio veneno” a partir do mundo conectado numa sociedade em rede na expressão do sociólogo espanhol Manuel Castells (2005).

A esses novos movimentos, pode-se apenas citar como exemplo (ESTEVES, 2010): a) o movimento de Seattle (1999); b) as manifestações que se seguiram no ano 2000: no Fórum Econômico Mundial de Davos, em janeiro; contra Banco Mundial e FMI, em abril; na cúpula da ONU sobre pobreza, em junho; na reunião do FMI e Banco Mundial, em setembro; na cúpula da União Europeia, em dezembro; c) Fórum Social Mundial (FSM) iniciado em 2001; d) o surgimento do ATTAC (*Association pour la Taxation des Transactions pour l'Aide aux Citoyens* – Associação pela Tributação das Transações Financeiras para ajuda aos Cidadãos); e) os distúrbios eletrônicos; f) as manifestações durante as jornadas de Gênova.

Todos eles, com suas veias próprias, mas com um elemento antiglobalizante em comum, acabam de alguma maneira produzindo debates e inaugurando pautas até então pouco ou não debruçadas pela sociedade mundial.



É assim possível, nessa atmosfera, que os mecanismos de Economia Social e Solidária passem a se integrar na cartilha dessas mobilizações, estabelecendo um novo diálogo de poder face à necessidade de verdadeira rediscussão e ampliação do objeto tradicional do direito do trabalho calcado no trabalho livre/subordinado, ampliando os seus cânones de proteção (D'ANGELO, 2014).

3 A BUSCA POR OUTROS MECANISMOS DE RENDA ASSOCIADOS A DIFERENTES CRENÇAS E SEUS DESAFIOS DIANTE DO CONTEXTO PÓS-INDUSTRIAL

Um dos pensadores mais influentes contemporâneos – Zygmunt Bauman – coloca ao tratar do emprego no cenário hodierno:

Os desempregados eram o exército de reserva de mão-de-obra. Temporariamente sem emprego por motivo de saúde, enfermidade ou dificuldades econômicas correntes, eles deviam ser preparados para reassumir o emprego, quando aptos – e prepará-los era, então, de um modo geral, a tarefa reconhecida e a incumbência explícita ou tácita dos poderes públicos. Já não acontece assim. Exceto nos nostálgicos e cada vez mais demagógicos textos de propaganda eleitoral, os sem emprego deixaram de ser um exército de reserva da mão-de-obra. (BAUMAN *apud* ANDRADE, 2008a, p. 914)

O pensador citado, externa com clareza o fim do elemento essencial de manutenção da lógica capitalista da modernidade através do chamado “exército industrial de reserva” (FOLADORI; MELAZZI e KILP, 2016, p. 135), que dentre outras funções, tem por designo especial servir de ajustamento e controle do custo salarial (há relação inversamente proporcional do custo de salários x exército de reserva), preservando as margens de capital excedente (lógica marxiana de mais-valia), garantindo, assim, a perpetuação do capital, do lucro, e portanto da própria estrutura produtiva do sistema capitalista.

No entanto, como se observano panorama atual, essa mão de obra de reserva, que supostamente estaria pronta para realizar a rotatividade do mercado de trabalho e, como dito, promover o equilíbrio hemodinâmico da estrutura de produção e consumo, deixa(ou) de existir.

Na esteira dessas consequências, têm aparecido outras formas de renda e aquisição de receitas não convencionais, a exemplo dos empreendimentos de Economia Social (EES) e Solidária (ECOSOL). Mas afinal, o que seriam esses empreendimentos e como conceituar uma atividade dentro dessa classificação?

Dizemos pesquisadores que esses mecanismos solidários funcionam por bases de produção e ações diversas do capitalismo tradicional (que como sabido: se pauta na relação Capital x Trabalho). Na verdade, há quem diga até que essas estruturas passam estabelecer verdadeira concorrência com o sistema capitalista convencional (SOARES FILHO, 2007).

Na linha de suas impressões, o que se vê nesse solidarismo é o traço distintivo da autonomia de seus membros, face à inexistência de um “patrão”. Assim como, os princípios de auxílio mútuo e satisfação das necessidades básicas dos seus membros, aliado à participação democrática (ANDRADE apud D'ANGELO, 2014). Também outro ponto característico dessas atividades, como é de supor, refere-se à absorção de grupos de pessoas excluídas do mercado convencional, e que nesse contexto se estabelecem de maneira horizontal e por autogestão para desenvolver suas práticas produtivas e não restarem completamente marginalizados na aquisição de renda.

O Brasil, ainda que de maneira inicial, tem procurado nas últimas décadas monitorar o desenvolvimento dessas estruturas e atividades no país. Através da SENAES (Secretaria Nacional de Economia Solidária), órgão vinculado ao MTE (Ministério do Trabalho e Emprego), criado em junho de 2003 (por meio do Decreto 4764/2003), tem realizado pesquisas e produzido mapeamentos atinentes à matéria. Basicamente, desde 2005 vem sendo realizado estudos periódicos desses Empreendimentos de Economia Solidária (EES), juntamente com o Fórum Brasileiro de Economia Solidária (FBES), existindo hoje 2 (dois) mapeamentos já realizados no país. Um primeiro, que nas palavras de Paul Singer, renomado estudioso no assunto e Secretário Nacional da época, obteve a seguinte amplitude:

O primeiro mapeamento foi realizado em 2007 e registrou a existência de 21.859 EES. Este primeiro mapeamento, em função das limitações de recursos e de tempo,



cobriu apenas 2.933 municípios, que representam 53% das municipalidades do Brasil. (SINGER, 2014, p. 91)

Já o segundo mapeamento, de 2013, apontou um número de 19.708 ESS em todo o país (SILVA e KAPPES, 2016).

É interessante observar o detalhe do número desses empreendimentos, que praticamente se manteve entre as duas pesquisas (havendo até uma ligeira redução nessa segunda), pois, isso já indica uma série de dificuldades e desafios tanto na realização da pesquisa enfrentado pelo SENAES para aferição dessas atividades, como também pela própria realidade dos empreendedores nesse tipo de negócio, considerando sua perpetuidade.

Nas notas metodológicas do relatório produzido (IPEA, 2016), não há como não verificar claramente o esforço empreendido na pesquisa para o acompanhamento desses ESS, como também a marcante rotatividade e mortalidade desses negócios, elementos esses desafiadores para atividades de produção dessa categoria. Como se pode depreender do relatório:

Uma inovação na realização do segundo mapeamento foi a proposta de revisitar os empreendimentos registrados no mapeamento anterior, tanto para ter um ponto de partida para a pesquisa de campo como para detectar sua evolução após esse tempo. Porém, grande parte desses EES não foi encontrada para a revisita, alguns por motivos de mudança de endereço e outros por não mais existirem, o que dificulta uma análise comparativa desses grupos.

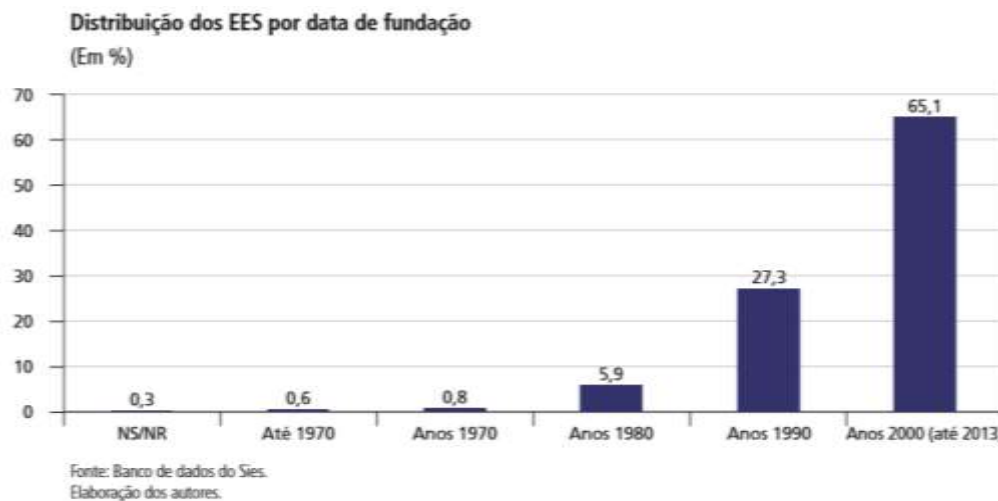
Ao todo, o mapeamento do Sies identificou 19.708 empreendimentos (...). Desse total, 11.869 (60,2%) são novos EES, ou seja, não haviam sido registrados no mapeamento anterior, e 7.839 (39,8%) são de EES revisitados. (IPEA, 2016, p. 10)

As pesquisas produzidas, que passaram a compor o chamado SIES (Sistema de Informação de Economia Solidária), têm fornecido valioso banco de dados para os mais variados agentes (pesquisadores, políticos, empreendedores, entre outros) que se debruçam sobre o objeto da economia social e solidária.

O aspecto da praticamente manutenção do número desses empreendimentos nas duas pesquisas realizadas (2007 e 2013) não induz, numa análise maior, e apesar das mais incontáveis dificuldades de viabilização desse tipo de atividade, que a referida vertente não

esteja em franco crescimento no mundo pós-moderno/pós-industrial. Pelo contrário, como se afirmou acima pelas mais variadas evidências históricas e analíticas, o referido modelo, como não diferente em outras regiões do mundo, tem obtido relevante crescimento principalmente após a década de 1980 do século passado.

A título de ilustração vale verificar o gráfico trazido no 2º mapeamento e disponível no SIES e pelo IPEA (2016, p. 20), que aborda a expansão dessas EES a partir do período histórico na qual fazemos referência:



O que se evidencia, portanto, é verdadeiro “salto” nessa modalidade de atividade principalmente a partir dos anos 80. Justamente, é partir desse período histórico que as evidências anteriormente enumeradas (da crise do capitalismo industrial), começam a produzir seus impactos mais marcantes sobre o emprego formal, sobre o Estado Social e principalmente joga por terra a lógica do trabalho subordinado (assalariado) impregnado como objeto do direito do trabalho tradicional.

Desses empreendimentos, numa análise da forma organizativa verificada nesse segundo mapeamento (2016, p. 21), a partir dos empreendimentos monitorados: a principal formatação está ligada às associações com 60% do contingente; os grupos informais representam 30,5%; as cooperativas com 8,8%; e menos 1% encontra-se as sociedades mercantis.



Só a nível internacional, pode-se observar através de dados consolidados junto à OIT, que:

De acordo com a International Cooperative Alliance (ICA), existem quase um bilhão de membros de cooperativas e mais de 100 milhões de empregos em seus 91 países membros. No Canadá, Honduras e Noruega, um em cada três pessoas é um membro cooperativo, enquanto nos Estados Unidos a proporção é de 1:4, e no Quênia é 1:5. Na China, Argentina, Brasil e Malásia, existem 180 milhões, 9 milhões, 6 milhões e 5,5 milhões de membros cooperativos, respectivamente. (ILO, 2011, p. 36) (TRADUÇÃO LIVRE)²

Apesar de não ser algo absolutamente novo ou até revolucionário, porquanto, considera-se que as primeiras experiências de autogestão tenham surgido ainda com os socialistas utópicos como Fourier, Owen (D'ANGELO, 2014), essas atividades/empreendimentos começam a tentar restabelecer novos sentidos ao trabalho humano, ao senso produtivo, e, principalmente, ajudam na reconstrução das relações de solidariedade entre os agentes produtivos, em busca de uma relação de horizontalidade.

4 A COMBUSTÃO DE NOVAS PERSPECTIVAS SOLIDÁRIAS AOS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS GLOBAIS E A POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE UMA NOVA ÉTICA DIALOGADA PARA REDIMENSIONAR O DIREITO DO TRABALHO TRADICIONAL

É no caminho dessa simetria e horizontalidade típica das atividades solidárias que se remonta às novas demandas e métodos verificados por aquilo que os pesquisadores da área social chamam de novos movimentos sociais (NMS) ou até "movimento dos movimentos" (COUCCO apud ESTEVES, 2010, p.164)

²Texto Original: According to the International Cooperative Alliance (ICA), there are almost one billion cooperative members and more than 100 million jobs in its 91 member countries. In Canada, Honduras and Norway, one in every three people is a cooperative member, whereas in the United States the ratio is 1:4, and in Kenya it is 1:5. In China, Argentina, Brazil and Malaysia, there are 180 million, 9 million, 6 million and 5.5 million cooperative members, respectively.



As mobilizações advindas a partir do final do século passado (XX) e início do novo século (XXI) têm se notabilizado por formas, organização, articulação, e resultados um tanto distintos dos movimentos pretéritos da modernidade. A busca por um novo modelo de globalização (ESTEVES, 2010), contra-excludente, contra-hegemônico, se perfaz nessas movimentações resgatando a veia insurgente, revolucionária e emancipatória de outros momentos históricos.

Dentre as mais variadas características desses movimentos, e que por esses motivos recebem a marca de “novos” movimentos sociais, podemos enumerar de maneira não exaustiva, as seguintes: a) o uso da internet e a forma de mobilização em rede; b) ação não institucionalizada ou sistêmica; c) o viés antiglobalizante ou anticapitalista, principalmente em face do capital improdutivo; d) a relação de proximidade entre o local e o global; e) a ruptura com os mecanismos tradicionais e formais de produção e consumo; f) a ampliação de novas pautas de reivindicações contemporâneas como sustentabilidade, meio ambiente, proteção à cultura, redução da desigualdade, xenofobia, minorias, etc;

Tratando desse novo fenômeno:

O movimento antiglobalização apresenta-se, na virada deste novo milênio, como uma das principais novidades na arena política no cenário da sociedade civil, dada sua forma de articulação/atuação, em redes com extensão global. Ele tem elaborado uma nova gramática no repertório das demandas e dos conflitos sociais, trazendo novamente as lutas sociais para o palco da cena pública e a política para a dimensão pública – tanto na forma de operar, nas ruas, quanto no conteúdo do debate que trouxe à tona: o modo de vida capitalista ocidental moderno e seus efeitos destrutivos sobre a natureza. (GOHN apud VIEIRA, 2012, p. 202-203)

É nesse espectro de possibilidade e ponto de interseção que os modelos de Economia Social (EES) e Solidária (ECOSOL) se afeiçoam como ponto de convergência às novas pautas e agenda dos movimentos sociais nesse contexto contemporâneo.

Pela própria maneira não hierarquizada dos empreendimentos solidários (já citado aqui como elemento distintivo e fundamental) evidencia-se a compatibilidade destes, em sua *ratioessendi*, com a nova maneira do internacionalismo operário na proposta inclusive do sociólogo português Boaventura de Sousa Santos, na medida em que traz em seu cerne a ampliação do debate dessas modalidades de produção e consumo e ainda “aglutina



todas as atividades produtiva e todas as alternativas de trabalho e obtenção de renda, além de se articular com outros movimentos e instituições não necessariamente vinculados ao mundo do trabalho.” (LIRA, 2009, p. 135).

Apenas à título de exemplo, se considerando o principal ramo de atividade e exploração das EES/ECOSOL – qual seja – a produção e comercialização - representando cerca de 56,2% dos empreendimentos conforme dados do SIES (IPEA, 2016, p.19) -, é possível pegar como evidência histórica e exemplo o movimento da “Via Campesina Internacional” que desde 1993 vem se articulando e aperfeiçoando cada vez mais e chamando atenção da comunidade global para a questão da mercantilização da agricultura dando resposta ao modelo tradicional de alimentos e produção. A respeito desse movimento:

A Via Campesina criou e tem insistido na ideia de soberania alimentar. Por trás deste conceito está um conflito de modelos de agricultura (e de mundo) que alguns autores têm identificado como de “contra-hegemonia”. [...] ;Na sua construção, a Via Campesina resgata ideias de outras experiências do internacionalismo da classe trabalhadora, como o valor da solidariedade e a importância do enfrentamento em nível internacional. (VIEIRA, 2012, p. 205-206)

Outro ponto dos mais interessantes dos processos advindos desses movimentos, é justamente criar e alargar o campo de comunicação e democracia para novas e mais saudáveis relações de produção e compartilhamento de renda.

Essa proposição se encaixa na formulação trazida pelo filósofo alemão da segunda geração da Escola de Frankfurt, Jürgen Habermas, pela teoria do agir comunicativo através de uma ética dialogado por simetria nos discursos como condição mínima de validade das pretensões deduzidas.

Em seu modelo teórico:

O horizonte normativo da teoria da ação comunicativa de Habermas é produzir uma forma de emancipação social, conceito concebido na Escola de Frankfurt, que procura eliminar todas as formas de dominação existentes na sociedade moderna. Essa emancipação, por sua vez, apenas pode ocorrer através de uma sociabilidade que não produza instrumentalidade nas interações sociais e nos mecanismos de solidariedade, fazendo necessária, para a constituição de uma teoria, a busca de um mecanismo de sociabilidade mediante o qual a emancipação possa ser produzida. (FILGUEIRAS, 2011, p. 285)

Esse formato comunicativo, produzido a partir de novos modelos produtivos que altere a relação vertical do dono do capital e detentor da força produtiva, na tradicional relação de sujeição (na qual o direito por intermédio de sua tecnologia jurídica cunhou como elo de subordinação), pode (e deve) ensejar um novo dimensionamento do sistema normativo e proteção do trabalho no âmbito das realidades locais e global.

A construção de uma realidade a partir de uma ética comunicativa que ultrapasse a instrumentalidade de posições contrapostas de uma verticalidade de poder e “remontam-se à experiência central da capacidade de harmonizar, sem coações, e de fundar consenso que tem um falar argumentativo no qual distintos participantes superam a subjetividade inicial de suas concepções” (HABERMAS apud ANDRADE, 2008, p. 144) deve ser a verdadeira herança dos movimentos sociais produzidos a partir das novas alternativas de renda e trabalho na realidade das relações horizontais solidárias.

Sendo assim, o Direito do Trabalho Tradicional, forjado em momento histórico bem definido, como “guarda-chuva” de proteção ao cenário de exploração industrial não pode mais representar como elemento útil à sistematização de sua teoria premissas assimétricas estabelecidas por relações de poder e comunicação absolutamente desiguais (patrão x empregado) que não mais se justificam no cenário das novas alternativas de renda, produção e consumo, e aqui nesse artigo, especificamente, no caso das atividades solidárias.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa final, resta, assim, evidenciada a crise das modalidades tradicionais de trabalho e renda no cenário atual de pós-industrialização que se mostrou mais bem nítida a partir dos variados fatos ocorridos a partir da década de 1970 do século passado, principalmente com a ruína do Estado Social e o surgimento da ideologia única do Capital. Por esse motivo é eleito o referido momento histórico no presente artigo para observar o levante das atividades e/ou empreendimentos solidários como alternativa a



uma nova sociabilidade produtiva e de vida,

A observação dos empreendimentos solidários, pela obtenção de dados já consolidados, se fez, majoritariamente, no ambiente nacional, não obstante a referência de expressões dessas atividades também à nível internacional (por dados colhidos nos bancos da OIT), que inclusive se traduz cada vez mais como o *locus* adequado de debate numa perspectiva globalizante haja vista à realidade do mundo atual, mas que em nada enfraquece o foco realizado no trabalho.

Nessa perspectiva, os movimentos sociais internacionais e/ou locais hodiernoscaminham para o estabelecimento de novas formas de comunicação mais horizontais e podem se ocupar de novas formas de produção, renda e consumo – característica típica dos movimentos solidários. Abre possibilidade de se consolidar numa modalidade que ultrapassa as barreiras do sindicalismo internacional e a centralidade do trabalho subordinado (assalariado) como pauta unívoca desses movimentos. Algo não tão ortodoxo nos movimentos sociais tradicionais relacionado ao trabalho e no sindicalismo convencional.

A vinda desses novos movimentos que se espalham na realidade contemporânea, à vista desse autor, traz à memória as palavras de Manuel Castells (2017, p. 9), que ao tratar dos movimentos do início desse século como de Madri (2004), Irã e Islândia (2009) expressou seu sentimento nos seguintes termos: “de repente, tudo parecia possível; o mundo não estava necessariamente destinado ao cinismo político e à imposição burocrática de modos de vida absurdos”

Novos movimentos, novos debates e novas formas de obtenção de renda, necessitam, assim, a formulação de também novas formas de proteção jurídica em torno desse modelo produtivo solidário, traduzindo numa indispensável ampliação do objeto do direito do trabalho tradicional calcado no trabalho livre/subordinado. A refutação de um modelo protetivo formulado noutra momento histórico se evidencia pela própria sucessão de fenômenos e acontecimentos nesse contexto de pós-indústria.

É assim que se procurou formular essa pequena contribuição através desse artigo.

Urge novas formas de proteção jurídica aos novos modelos de trabalho, face sua essencialidade humana.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. A Desconstrução do Paradigma Trabalho Subordinado como Objeto do Direito do Trabalho. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 72, n. 8, p. 913-920, ago. 2008a.

_____. **O Direito do Trabalho na Filosofia e na Teoria Social Crítica**. Os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações. São Paulo: LTr, 2014.

_____. **Princípios de Direito do Trabalho**. Fundamentos teórico-filosóficos. São Paulo: LTr, 2008b.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência**. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BÍBLIA, N.T. Provérbios. In BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada Ave Maria**. Antigo e Novo Testamentos. Tradução dos Monges Beneditinos de Maredsous. São Paulo: Ave-Maria, 2010.

BRASIL, Ipea. **Os Novos Dados do Mapeamento de Economia Solidária no Brasil**: Nota Metodológica e Análise das Dimensões Socioestruturais dos Empreendimentos. Relatório de Pesquisa. Brasília: 2016.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. A Sociedade em Rede. 8. ed., trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

_____. **Redes de Indignação e Esperança**. Movimentos Sociais na era da Internet. 2. ed. rev e atua. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

CORTINA, Adela. **Ética Mínima**. Introducción a La Filosofía Práctica. 6 ed. Madrid: Tecnos, 2000.

D'ANGELO, Isabel Bandeira de Moraes. **A Subordinação no Direito do Trabalho**. Para ampliar os cânones da proteção, a partir da Economia Social e Solidária. São Paulo: LTr, 2014.

ESTEVES, Juliana Teixeira. **A Seguridade Social no Contexto de Uma Renda Universal Garantida**: os fundamentos político-jurídicos para uma ética universal na governabilidade do mundo. Tese de doutorado. Recife: Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Texto avulso, 2010.

FILGUEIRAS, Fernando. Entre o Sujeito e a Cognição: A Sociologia Jurídica de Jürgen Habermas. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo e JORGE, Vladimyr Lombardo (orgs). **Curso de SOCIOLOGIA JURÍDICA**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FOLADORI, Guillermo; MELAZZI, Gustavo; KILP, Renato. **A Economia da Sociedade Capitalista e Suas Crises Recorrentes**. São Paulo: Outras Expressões, 2016.



ILO. Social and Solitary Economy: Our common road towards Decent Work. In: **Support of the Second edition of the Social and Solidarity Economy Academy**. Montreal, Canadá: 24-28 oct 2011.

LIRA, Fernanda Barreto. **A Greve e os Novos Movimentos Sociais**. Para além da dogmática jurídica e da doutrina da OIT. São Paulo: LTr, 2009.

PRABHUPADA, A. C. Bhaktivedanta Swami. **Bhagavad-gita Como ele é**. 5. ed. rev. ampl. E-book, 2017. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/353805766/Bhagavad-Gita-Como-Ele-E-Sua-Divina-Graca-A-C-Bhaktivedanta-Swami-Prabhupada>>. Acesso em: 14 nov 2017

RAMOS FILHO, Wilson. **Direito Capitalista do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

SILVA, Daniel Nogueira; KAPPES, Sylvio Antonio. Economia Solidária, Informalidade e Direitos Trabalhistas. **Mercado de Trabalho: conjuntura e análise**. Brasília: IPEA, v. 61, n. 22, out. 2016.

SINGER, Paul. Dez Anos de Secretaria Nacional de Economia Solidária (SENAES). **Mercado de Trabalho: conjuntura e análise**. Brasília: IPEA, v. 56, n. 20, fev. 2014.

SOARES FILHO, José. **Sociedade Pós-Industrial e os Impactos da Globalização na Sociedade, no Trabalho, na Economia e no Estado**. Curitiba: Juruá, 2007.

VIEIRA, Flávia Braga. Articulações internacionais “desde baixo” em tempos de globalização. In: GOHN, Maria da Glória e BRINGEL, Breno M (orgs.). **Movimentos sociais na era global**. Petrópolis: Vozes, 2012.

.....

DIREITO CIVIL





A CULPA NO DIREITO SUCESSÓRIO:
SUCESSÃO DO CÔNJUGE APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL
66/2010

.....
Derlange Navarro

1 INTRODUÇÃO

O direito regulamenta a vida das pessoas em sociedade na busca da paz social. Desta forma, é correto afirmar que a evolução social e suas mudanças, modificam a norma jurídica. Não sendo assim, haveria uma incompatibilidade entre o Direito e a realidade dos fatos sociais. O direito de família, sofre mudanças constantes, tendo em vista que hoje o conceito de família é bem mais abrangente e bem menos crítico, e que a sociedade tem evoluído bastante. Essa mutação social, trouxe novas formas de se constituir uma família. A Constituição Federal de 1988 excluiu a exclusividade do casamento e hoje, em atual decisão do Supremo Tribunal Federal, o casamento já é equiparado à união estável.

O presente trabalho analisa o fato de que, com as alterações no direito de família e com a evolução social, e principalmente após a emenda constitucional 66/2010 é inconstitucional a hipótese de se estudar a culpa no direito de sucessões, especificamente no que tange a segunda parte do artigo 1.830 do código civil de 2002.

Em um primeiro momento, é feita uma avaliação sobre os aspectos gerais sucessão. A sessão traz os assuntos mais abrangentes do direito sucessório, explicando tópicos específicos para um melhor entendimento da matéria. É explanado acerca do princípio da *saissine*, que define o dia em que é aberta a sucessão, competência sucessória, capacidade, sujeitos, requisitos, aceitação, renúncia e exclusão da sucessão.

Faz-se uma comparação entre o cônjuge e a sucessão frente ao código civil de 1916 e posteriormente, frente ao código de 2002. Em seguida, é realizada uma interpretação detalhada do artigo 1.830 e suas consequências para o ordenamento jurídico.

Como tema principal deste trabalho, a quarta sessão trata da Emenda Constitucional 66/2010 e as consequências jurídicas trazidas ao ordenamento jurídico quanto a separação e o divórcio pós instituto, bem como a questão de haver ainda ou não, o advento da separação judicial, já que a referida emenda trouxe divórcio direto como forma suficientemente legítima para a dissolução da sociedade conjugal. Ainda na mesma sessão, é explano acerca da culpa mortuária tratada na segunda parte do artigo 1.830 e sobre o seu enfraquecimento pós emenda.

Por fim, na última sessão, foi discutido sobre a inconstitucionalidade da culpa e seu adormecimento após a Emenda Constitucional 66/2010 tendo em vista que a sua discussão, trazida na segunda parte do artigo 1.830, afeta os princípios da dignidade da pessoa humana e do contraditório e da ampla defesa. Discutir a culpa da separação traz à tona momentos íntimos do casal, onde na verdade nada disso mais importa, já que o casal se separou pois já não existia mais afeto e, com o novo conceito de família tem-se o afeto como alicerce, não cabe mais discussão de culpa já que ninguém é obrigado a viver ao lado de alguém se não mais a ama.

Outro questionamento feito foi sobre o não respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Ora, como pode uma pessoa que não mais vive entre nós, defender-se de uma acusação, sem lógica e legitimamente? Como pode por exemplo, seu filho, provar que seu pai (autor da herança) não teve culpa no fim da sociedade conjugal, ou até mesmo os ascendentes do de cujos fazer tal comprovação? Sobre a vida conjugal de um casal, somente é legítimo para falar sobre ela, eles mesmos, que conviveram e dividiram juntos os todos os momentos. É lógico que essa defesa não seria legítima já que não dar garantia constitucional à defesa do de cujos.

Foi usada uma metodologia do direito comparado. Faz-se uma comparação com o código civil, da Alemanha, França, Portugal e Espanha, que por tempos influenciaram nosso ordenamento jurídico. E, por fim, questiona-se sobre o fim das críticas à segunda parte do artigo 1.830, com a ideia da possibilidade de se adequar ao artigo uma nova edição, excluindo dele a questão do lapso temporal e da discussão da culpa, que garante,



inconstitucionalmente a legitimidade sucessória ao cônjuge separado de fato por mais de dois anos que comprove a culpa de que a separação não se deu por culpa sua, mas sim do autor da herança.

2 O CÔNJUGE E O DIREITO SUCESSÓRIO

O cônjuge é herdeiro necessário contido no artigo 1.829 do cc/02 e, a depender do caso, poderá concorrer com os ascendentes e descendentes do morto. Concorrer, nesse caso, significa dividir. Logo, o cônjuge sobrevivente poderá dividir a herança com os ascendentes ou descendentes do de cujus. A lógica de o cônjuge estar nessa situação é não deixar que o cônjuge viúvo não fique na miséria.

Como havia mencionado antes, essa divisão dependerá de cada caso, é preciso verificar o regime de comunhão de bens pelo qual o cônjuge era casado com o *de cujus*.

Se o regime for de comunhão universal de bens, o cônjuge sobrevivente é meeiro, mas não é herdeiro. Se a comunhão for de separação total obrigatória, o cônjuge sobrevivente é meeiro por força da súmula 377 do STF, mas não é herdeiro, se for convencional, será apenas herdeiro. Sob o regime de participação final nos aquestos, o cônjuge sobrevivente será apenas herdeiro. Quando se tratar do regime de comunhão parcial, o cônjuge sobrevivente será meeiro, mas se o *de cujus* deixou bens particulares, será também herdeiro.

O enunciado 270 da III Jornada de Direito civil, em dezembro de 2004, nos traz a seguinte redação:

O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes. (BRASIL, 2004)

Então, nos regimes de comunhão universal, parcial de bens (quanto aos bens comuns) haverá meação e o cônjuge sobrevivente não concorrerá com os descendentes.

No caso de Separação convencional de bens, comunhão parcial (quanto aos bens particulares) e participação final dos aquestos (quanto aos bens particulares, não havendo meação, o cônjuge concorrerá com os descendentes. Quando o Regime é de separação obrigatória, para que seja evitado o golpe do baú, o cônjuge não concorre, toda a herança fica com os descendentes, mas por força da súmula 377 de 1964, ocorrerá a meação, comunicando-se os bens adquiridos na constância do casamento.

2.1 O CÔNJUGE E A SUCESSÃO FRENTE AO CÓDIGO CIVIL DE 1916

No Código Civil de 1916 não existia muito proteção para o cônjuge sobrevivente que não era considerado herdeiro necessário e, por isso, poderia ser afastado completamente da sucessão pela via testamentária. Em seu art. 1.603 era prescrita a ordem de vocação hereditária, baseada em relações familiares e de sangue. Desta forma, eram chamados à sucessão primeiro os descendentes, não havendo, os ascendentes e, em terceiro lugar, o cônjuge sobrevivente que só era chamado se não houvesse descendente nem ascendente, e se não tivesse separado ou divorciado com transito em julgado.

O regime legal era o da comunhão universal, e isso garantia ao cônjuge sobrevivente seu papel de meeiro. Nesse tempo, a separação de fato não excluía o cônjuge da sucessão, essa exclusão só ocorreria com sentença de separação ou de divórcio, com transito em julgado ou por via do testamento. Logo, podia do *de cujus*, afastar seu cônjuge da sucessão pondo isso formalmente em testamento.

Para que não houvesse o total desamparo do cônjuge viúvo, quando casado por separação total de bens, em 1962 foi editada a Lei 4.121/62, chamada de Estatuto da mulher Casada, com o objetivo de proteger o cônjuge sobrevivente instituindo o usufruto e o direito real de habitação no artigo 1.611 do código de 1916. Tais direitos eram temporários, pois encerravam com a morte ou caso o cônjuge sobrevivente adquirisse outro casamento ou união estável, mas trazia, de certa forma, garantias de amparo ao cônjuge sobrevivente. Nessa fase, começa-se a vê um pouco de preocupação legislativa em proteger o cônjuge sobrevivente.



No artigo 1.611, em seu parágrafo 1º, era então garantido à viúva, se não fosse casada sobre o regime de comunhão universal de bens, o direito de usufruto da quarta parte dos bens deixados pelo falecido enquanto durasse a viuvez, isso se existisse filhos do falecido ou dele com cônjuge sobrevivente. E, se não houvesse filho, mesmo existindo ascendentes do morto, a viúva teria direito à metade dos bens do de cujus.

Sendo assim, o cônjuge sobrevivente concorria com os descendentes e ascendentes como usufrutuário ou como titular do direito de habitação, mas não como proprietário dos bens deixados pelo *de cujus*.

2.2 O CÔNJUGE E O DIREITO SUCESSÓRIO FRENTE AO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 trouxe uma inovação colocando o cônjuge no rol dos herdeiros necessários junto com os ascendentes e descendentes. Sendo assim, segundo o artigo 1.845 do cc/02 "São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge", além do mais, pertence também ao cônjuge sobrevivente, a metade dos bens da herança que constituem a parte legítima.

O novo ordenamento elevou o cônjuge no direito sucessório ocupando sozinho, a terceira classe dos sucessíveis e não podendo ser excluído por livre arbítrio do autor da herança.

Logo no primeiro inciso se pode constatar que os descendentes são chamados em primeiro lugar, mas concorrem com o cônjuge. Só não haverá concorrência se este tiver sido casado com o falecido pelo regime de comunhão universal de bens ou no da separação obrigatória ou se pelo regime parcial de bens e o falecido não tiver deixado bens particulares. Então, se o regime de bens entre o cônjuge sobrevivente e o falecido for o parcial (sem o morto ter deixado bens particulares), comunhão universal, separação obrigatória ou participação final nos aquestos, haverá a concorrência.

A questão é, permitida a concorrência, a cota será calculada sobre todos os bens ou somente sobre os bens particulares? Isso quer dizer, sobre todos os bens (meação do falecido e seus bens particulares) ou somente pelos bens particulares deixados pelo morto? Pois bem, a quem defenda ser a concorrência somente com relação aos bens particulares do *de cuius*. A justificativa é de que o cônjuge já aparece muito bem beneficiado e calcular a cota sobre todos os bens prejudicaria os descendentes que, se for o caso, já têm que suportar o direito de habitação referente ao imóvel da família, direito esse recepcionado pelo cc/02 em seu artigo 1.831 e com durabilidade até a morte do cônjuge sobrevivente.

Há quem defenda que a cota seja calculada apenas sobre os bens particulares deixados pelo morto. Sobre o assunto, manifesta-se Venosa (2014, p.144) “Assim, nessa conclusão, que parece a mais lógica, somente haverá concorrência do cônjuge nessa situação nos bens particulares”. Porém, como visto, essa conclusão não é pacífica, existem outros autores que possuem opiniões em contrário e defendem que a cota referente a concorrência do cônjuge deve ser calculada sobre a totalidade do espólio. Segundo Maria Helena Diniz (2002) citada por Cahali (2012, p.197):

Pelo novo código civil, convém repetir, haverá concorrência do cônjuge supérstite com descendentes do autor da herança, desde que, pelo regime matrimonial de bens, o falecido possuía patrimônio particular[...] o cônjuge sobrevivente receberá sua meação, se casado sob o regime de comunhão parcial de bens, e uma parcela sobre todo o acervo hereditário. (2002, apud CAHALI, 2012, p3 197)

Outro tópico importante trazido pelo código civil de 2002 com relação à sucessão do cônjuge sobrevivente é a chamada reserva de 1/4. O artigo 1.832, em sua segunda parte, diz que a cota do cônjuge sobrevivente não pode ser inferior a 1/4 se for ascendente daqueles com quem concorrer e totalizarem no mínimo três. Logo, se o casal possuía mais de três filhos (cinco pessoas a dividir) o cônjuge sobrevivente recebe no mínimo 1/4 dos bens particulares e os outros 3/4 serão divididos entre os outros filhos.

A concorrência do cônjuge não é apenas com os descendentes, ele ainda concorre com os ascendentes do *de cuius*. A sucessão dos ascendentes é regulada pelos artigos



1.836 a 1.838 e a sua concorrência com o cônjuge independe de regime patrimonial. Esse artigo eleva ainda mais a posição do cônjuge que, qualquer que tenha sido o regime de bens do seu casamento com o autor da herança, terá o direito de concorrer com os ascendentes deste.

Nesse caso, a cota será variada de acordo com o grau de parentesco do *de cuius* com o ascendente. Caso o ascendente seja de primeiro grau, ao cônjuge caberá 1/3 da herança bens particulares), se houver apenas um ascendente ou se maior for o grau por exemplo, avô, bisavô) ao cônjuge caberá a metade da herança.

Se o falecido não deixou ascendente nem descendente, o cônjuge sobrevivente herdará tudo por inteiro.

Antes, no código de 1916, os benefícios concedidos ao cônjuge sobrevivente como o usufruto e o direito de habitação, eram temporais, já no código de 2002 os benefícios estão ligados a uma propriedade, perdurando até o dia de sua morte o que comprova a elevação do cônjuge do atual código civil.

Conclui-se então que o código civil de 2002 trouxe um grande progresso ao tratamento do cônjuge no direito sucessório, colocando-o em uma posição de destaque com relação aos demais herdeiros necessários.

2.3 A EXEGESE DO ARTIGO 1.830 DO CÓDIGO CIVIL

O polêmico artigo 1.830, estabelece os requisitos necessários para que o cônjuge sobrevivente seja reconhecido como sucessor do *de cuius*. Leia-se o referido artigo:

Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente. (BRASIL, 2002)

Diante da leitura do artigo, pode-se verificar que o legislador, ao elevar a posição do cônjuge sobrevivente colocando-o como concorrente com os outros herdeiros

necessários, criou três requisitos nos quais o cônjuge deve se encaixar para que seja legítimo no recebimento da herança.

Primeiramente o artigo estabelece que para ter direito sucessório o cônjuge precisa não estar separada judicialmente do *de cujus* ao tempo de sua morte. Ora, os cônjuges só estão formalmente separados com o trânsito em julgado de sentença de ação de divórcio ou de separação. Também é levado em consideração a separação ou o divórcio extrajudicial feito pelo cartório competente. Então, se houver alguma pendência na ação de divórcio, e não havendo separação ou divórcio extrajudicial, o cônjuge sobrevivente sucederá.

Gonçalves disserta:

O direito sucessório do cônjuge, todavia, só estará afastado depois de homologada a separação consensual ou passada em julgado a sentença de separação litigiosa ou de divórcio direto, que só produz efeitos ex nunc, ou ainda depois de lavrada a escritura pública de separação ou divórcio consensuais, que produz seus efeitos imediatamente, nos termos do art. 1.124-A do diploma processual civil, com a redação dada pela Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007. (2014, p. 122)

Sobre o mesmo assunto, ressalta Cahali (2012, p.204) "Assim, se antes de se operar a coisa julgada no processo, que seja de separação judicial, quer seja de divórcio direto, qualquer dos cônjuges vier a falecer, subsiste ao outro o potencial direito hereditário."

Como segundo requisito tem-se a exigência de não estar o cônjuge sobrevivente, a época da morte do *de cujus*, separado de fato há mais de dois anos. Esse requisito é bem polêmico dentre os doutrinadores, pois alguns defendem que, havendo separação de fato, independente do lapso temporal, já existirá o afastamento da sucessão do cônjuge.

Cahali (2012, p. 205) aponta uma desarmonia existente com outras regras do código civil, quanto a esse requisito de prazo mínimo de dois anos para a separação de fato com relação a regra que permite a caracterização da união estável de pessoa casada, mas separada de fato e não faz menção alguma sobre lapso temporal. Além disso, o autor também registra seu inconformismo com o legislador, com relação à exigência de tempo, quanto ao art. 793 do CC/02, que também não questiona lapso temporal quando permite



a indicação do companheiro como segurado se o contratante era, ao tempo da celebração do seguro, separado de fato.

Por fim, o artigo 1.830 confere direito sucessório ao cônjuge sobrevivente, separado de fato a mais de dois anos, caso este prove que a convivência com o falecido tornou-se impossível por culpa dele. Esse último requisito traz severas críticas, após a permissão do divórcio direto sem questionamento de culpa, após a emenda constitucional 66/2010.

Sobre o assunto explana Dias:

Com o advento da EC 66/10,2 desapareceu do panorama jurídico o instituto da separação e com ele a possibilidade de imposição de sanções pelo descumprimento dos deveres do casamento. [...] Assim, a culpa foi abandonada como fundamento para a dissolução coacta do casamento. Mesmo quem dá causa à dissolução da sociedade conjugal não pode ser castigado. O "culpado" não fica sujeito a perder o nome adotado quando do casamento. Nem mesmo no que diz com os alimentos persiste o instituto da culpa, pois não mais cabe ser questionada a responsabilidade pelo fim da união. (2015, p.85)

Na doutrina, diversos autores afirmam que o divórcio direto retira a discussão da culpa e por conseguinte, a legitimidade sucessória do cônjuge sobrevivente, não tenho mais o que se discutir nem no direito de família nem na sucessão.

Verificar o motivo da separação imputando a culpa no *de cujus* enseja vasculhar coisas do passado, que muitas vezes já foram esquecidos pelo "casal". Declama Cahali (2012, p. 206) "É tumultuária previsão, pois traz ao direito sucessório matéria totalmente estranha a este instituto, consistente na causa da separação do casal."

É mister considerar, apesar das considerações contrárias à averiguação da culpa, a possibilidade de o cônjuge sobrevivente separado de fato, antes de passado o lapso temporal e dois anos, vir a constituir união estável com outra pessoa. Esse é um problema bem complexo.

Explana Cahali:

[...] Deve ser ignorada a condição imposta, retirando a condição de herdeiro do cônjuge separado de fato, independentemente do prazo de ruptura ou de sua causa, em qualquer situação (beneficiando descendentes ou ascendentes) mas especialmente se para a herança for convocado o companheiro sobrevivente. (2012, p. 206)

Ora, não seria então razoável que o cônjuge separado de fato sucedesse na herança do *de cuius* se que a lei permite a união estável daquele que é separado de fato. Nesse caso, a confusão seria clara quanto a sucessão do cônjuge sobrevivente e do companheiro(a) do falecido. Para evitar maiores confusões, a solução seria excluir o separado de fato da sucessão.

Apesar de toda essa repercussão doutrinária exposta, atualmente essa discussão não faz mais sentido. O Supremo Tribunal Federal decidiu no dia 10 de maio de 2017, por 7 votos a 3, pela equiparação da união estável com o casamento. Nesse sentido, os dois institutos passam a ter o mesmo valor jurídico principalmente para fins de direito sucessório, tendo assim o companheiro(a) os mesmos direitos sucessórios que o casado(a) teria.

Sendo assim, ainda que não casado, a pessoa companheira do *de cuius*, provando que mantinha com o falecido união estável, terá direito a metade da herança do falecido, concorrendo com os descendentes e ascendentes, se houver, nos termos do artigo 1829. E, não havendo nenhum destes, herdará sozinho a herança de seu companheiro(a).

A decisão foi referente ao recurso extraordinário 646721 que teve repercussão geral reconhecida. "No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil de 2002", diz a tese estabelecida nos julgamentos, elaborada pelo ministro Luís Roberto Barroso (<<http://themeiopost.com/noticia/2918/stf-equipara-uniao-estavel-a-casamento-para-casos-de-heranca>>. Acesso em 15/05/2017)

Eis a morte do artigo 1.790 que versa sobre a sucessão do companheiro(a) perante a sua atual inconstitucionalidade. É importante destacar que essa decisão possui efeitos *ex nunc*, não retroage. Logo, não alcança as decisões sucessórias já transitadas em jugado ou as partilhas extrajudiciais feitas por escritura pública.



O STJ, em sua 4ª turma, por decisão unânime, julgou o recurso especial REsp 1.513.252 e deu provimento fixando o entendimento sobre a discussão da culpa na segunda parte do artigo 1830 do Código Civil como exceção à regra geral. No caso em questão a Ministra Isabel Gallotti não reconheceu a cônjuge sobrevivente como herdeira necessária, mas nada declarou sobre a inconstitucionalidade da culpa, apenas concluiu que as provas dos autos eram inconclusivas. (<<https://correio-forense.jusbrasil.com.br/noticias/295977922/stj-conjuge-separado-ha-mais-de-dois-anos-so-e-herdeiro-se-provar-ausencia-de-culpa-na-separacao>>. Acesso em 28/08/2017).

3 A INCONSTITUCIONALIDADE DA CULPA MORTUÁRIA NO ARTIGO 1.830 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Quando se trata de Direito de Família, o bem jurídico protegido é a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, não cabe ao legislador dar ênfase ao instituto da culpa, incorporado tão facilmente em outros ramos do direito como por exemplo na esfera penal. Quando duas pessoas resolvem instituir um laço "eterno" entre elas, decidem se casar. Romper o vínculo conjugal tão sonhado, esperado e planejado, por muitas vezes, abala o psicológico daquele que não aceita o fim e, por esse motivo, deseja de todo modo culpar e punir aquele que não mais deseja viver eternamente ao seu lado.

É oportuno destacar o posicionamento de Dias:

Essa postura punitiva sempre contou com um dado de ordem psicológica: a enorme dificuldade de qualquer pessoa de romper vínculo que foi estabelecido para ser eterno. A separação abala a própria identidade da pessoa e é difícil aceitar o fim de uma união sem ceder à tentação de culpar e tentar punir quem tomou a iniciativa de, finalmente, pôr fim à infelicidade. (2015, p. 84)

Culpa é a responsabilização por algo que se fez ou que se deixou de fazer. A culpa, como instituto relevante no Direito Civil, impõe ao cônjuge culpado, a obrigação de cumprir com as promessas que fez no contrato antenupcial ao cônjuge sobrevivente. Considerado culpado, perderá as vantagens havidas deste cônjuge, como por exemplo, o direito de usar o sobrenome do outro, poderá vir a pagar alimentos ao cônjuge "inocente"

e, por fim, poderá o cônjuge sobrevivente, ainda que separado de fato por mais de dois anos, ser considerado sucessor do e cujos caso prove que a culpa da separação seja do morto. É o que traz a conclusão da leitura dos artigos 1.564, 1.572, 1.573, 1.578, 1.694 § 2.º, 1.702, 1.704 e 1.830 do código civil de 2002.

A Emenda Constitucional 66/2010 trouxe algumas consequências no mundo jurídico e uma delas aqui destacada foi o desaparecimento do instituto da separação judicial o que acarretou várias outras consequências e uma delas é justamente o desaparecimento do evento da culpa e também do prazo para a dissolução do casamento. É desta forma que Nogueira (2011) explana sobre esse assunto, ora, se a referida emenda excluiu do mundo jurídico a separação judicial, e a culpa era discutida justamente em uma das modalidades desse tipo de separação (separação sanção contida 1.572 do Código Civil), uma vez desaparecido o advento da separação judicial, desaparece também a discussão da culpa.

Aquele que deu motivos para o fim da união não merece por isso ser considerado culpado. A culpa funciona como um castigo e ninguém merece ser castigado simplesmente porque não deseja mais viver ao lado de uma pessoa ou por não mais amá-la.

Esse interesse na identificação de um culpado, no âmbito do direito sucessório, traz benefícios para aquele que é considerado inocente e exclui direitos fundamentais daquele que está morto e é considerado culpado. De acordo com Nogueira (2011), apesar do ônus da prova da culpa ser daquele que está vivo e se diz inocente, os parentes do morto terão que provar judicialmente a inocência do de cujus e é claro que serão prejudicados pois na maioria das vezes não possuem conhecimento do fato, o que fragiliza a defesa deles. Essa é a inconstitucionalidade aqui tratada.

A referida emenda dá fim ao evento da culpa que, afasta consigo, a possibilidade de que esta seja discutida no aspecto da sucessão.



3.1 A CULPA MORTUÁRIA DO ARTIGO 1.830 PÓS EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010

É importante, para um melhor entendimento da sessão, trazer a redação do artigo 1.830, "Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente." (BRASIL, 2002)

A culpa mortuária tem, na segunda parte do artigo, o início de sua discussão. O cônjuge sobrevivente, poderá ser chamado a suceder, ainda que separado de fato por mais de dois anos, se provar que a culpa da separação se deu por conta do *de cuius*.

No Código Civil de 1916, o fim do casamento não se dava pela simples separação de fato, exigia-se na verdade uma formalização alcançada pela coisa julgada, fosse na separação judicial, fosse pelo divórcio. Somente com essa dissolução o cônjuge era excluído da sucessão. O artigo 1.611 do antigo certame trazia a seguinte redação: "à falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal".

Pois bem, com a atual evolução e visão do direito de família, não cabe mais discussão de culpa para legitimar o cônjuge sobrevivente. Isso é injusto quando se percebe que essa pessoa não tem mais ligação, nem tinha mais uma relação de afeto com o falecido. Pereira (2012, p. 211) sustenta, "para que haja uma entidade familiar, é necessário um especial ou, mais precisamente, afeto familiar, que pode ser conjugal ou parental."

A sustentação da culpa, teve influência, advinda do direito canônico. Neste ramo, a comunhão da vida a dois poderia se extinguir com a separação do casal por um certo período de tempo, mas isso não era motivo de extinção do vínculo matrimonial. Existiam motivos trazidos pelo código do direito canônico, que autorizavam a separação, fosse ela temporária ou perpétua, elencados em seus artigos 1.129 e 1.153. A certeza do adultério

com culpa do adúltero, era caso que permitia a separação perpétua, o grave perigo à alma, ao corpo, intolerância da vida em comum e o *affetio maritalis*, sem que houvesse esperança de reconciliação entre o casal, poderia ser motivo de separação temporária.

O Código Canônico traz a culpa apenas quando se trata de adultério na causa de separação perpétua. Não que isso seja relevante nos dias de hoje, garantir a validade da culpa em casos de adultério. Não é essa a intenção, quando trazido à sessão a culpa mencionada no artigo 1.129 do código canônico, ao contrário, é apenas mostrar a influência da religião na insistência do advento da culpa em nosso ordenamento atual.

É mister a leitura do que explana Dias acerca do assunto:

O interesse em preservar o casamento fez o instituto da culpa migrar para o âmbito do direito das famílias. A tentativa sempre foi desestimular a dissolução do matrimônio, intimidando os cônjuges com a inquirição de culpas e identificação de culpados, acabando por aplicar penas, no mais das vezes, de conteúdo econômico. (2015, p. 84)

Cordeiro e Gomes explanam sobre a culpa acerca da responsabilidade civil quando diz, "A culpa tem sua origem fincada no âmbito da responsabilidade civil, sendo reconhecida, pelos juristas da modernidade, como sua categoria nuclear, ao ser delineada como o "mal uso da liberdade individual" (2013, p. 440)

A modernização das relações familiares deu fim a indagação da culpa nos processos de separação, ou melhor, de divórcio. Na verdade, não se pode dizer que essa evolução trouxe o exato fim de discussões sobre a culpa. Infelizmente, hoje, ainda existem infelizes pareceres judiciais distribuindo culpas. Essa é justamente a discussão trazida a este trabalho. A questão é, depois de uma emenda à constituição que veio para facilitar a vida dos cônjuges e a relação processual desses casos, e ainda depois de uma nova concepção de família trazida pela constituição, como a união estável entre pessoas do mesmo sexo, por exemplo, bem como com a equiparação da união estável com o casamento (acontecimento mais recente citado anteriormente em outra sessão), como ainda se discute a culpa de uma pessoa que nem está mais nesse mundo para fins de sucessão de cônjuge sobrevivente?



É preciso pôr fim a esse tipo de discussão na sucessão. Seja por qual motivo se ensejou a separação, não existe culpa de um ou de outro e promover a culpa de quem não está mais entre nós para se defender corretamente e veridicamente é ilegível. Empregar a culpa mortuária como requisito para tornar-se o cônjuge sobrevivente sucessor, não é legítimo, diante do cenário em que o direito de família se encontra hoje, é chamar para suceder o *de cujus*, uma pessoa que não tem mais nenhuma ligação afetiva com ele.

3.2 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.830 DO CC/02

O cônjuge sobrevivente poderá ser reconhecido como sucessor se, ao tempo da morte do *de cujus*, não estavam separados judicialmente ou de fato por mais de dois anos. Mas, se o cônjuge sobrevivente provar que a separação se deu por culpa do *de cujus*, poderá se tornar sucessor legítimo. Esta leitura refere-se ao artigo 1.830 que traz a relevância da culpa do morto como elemento decisivo para a sucessão do cônjuge sobrevivente, sendo que a este é impossível se defender com legitimidade.

Há doutrinadores como Rolf Madaleno que consideram a separação de fato como circunstancia suficiente para excluir o cônjuge sobrevivente da sucessão, já que não existe mais união entre os cônjuges. Na verdade, o que deve importar é a afetividade do casal, não admitindo direito sucessório ao cônjuge sobrevivente, separado judicialmente ou de fato independentemente de lapso temporal.

Já é assim em algumas legislações estrangeiras, como na França, na Alemanha, na Espanha e em Portugal, que exclui a sucessão do cônjuge separado de toda forma.

O artigo 732 do Código Civil francês traz a seguinte redação: "O cônjuge vivo não herda se divorciado." (FRANÇA, 1804, tradução nossa).

O Código Civil alemão também traz em seu artigo 1.933 a seguinte redação, traduzindo para o português:

O direito de herança do cônjuge sobrevivente e o direito ao avanço é excluída se ao tempo da morte do defunto foram dadas as condições de separação e o testador tinha pedido o divórcio ou concordou com ele. O mesmo se aplica se o falecido tinha direito a ser excluída, a herança do cônjuge sobrevivente e o direito

de avançar se o tempo a morte do defunto foram dadas as condições de separação e o testador tinha pedido o divórcio ou concordou com ele. O mesmo se aplica se o falecido tinha direito a pedir a anulação do casamento, e tinha feito o pedido. Nestes casos, o cônjuge está de acordo com dos §§ 1569 a 1586b dependentes. (ALEMANHA, 1990, **tradução nossa**)

Como pode ser lido, o Código Civil alemão entrou em vigor em 1990 e desde então, já excluía da sucessão o cônjuge sobrevivente que, a época da morte já estava separado ou, se o próprio de *cujus* tinha pedido o divórcio ou se apenas concordou com ele. Ora veja, se apenas pediu o divórcio ou concordou com ele. Ou seja, o cônjuge sobrevivente é excluído da sucessão, no ordenamento jurídico germânico apenas se o de *cujus* ainda em vida já havia pedido a separação, ainda q não estivesse separado de fato judicialmente.

O Código Civil espanhol também traz a mesma ideia de exclusão quando se trata de sucessão do conjuge sobrevivente. Em seu artigo 834 lê-se a seguinte redação: “O cônjuge que a morte do seu consorte não esteja separado deste, legalmente ou de fato, concorrerá à herança com filhos ou descendente e terão direito ao usufruto do terceiro destinado à melhoria.” (ESPANHA, 1889, tradução nossa). Como pode ser lido, não importa se separado legalmente ou de fato, o Código não expõe lapso temporal nem muito menos culpa, para incluir o cônjuge sobrevivente na sucessão, ao contrário, exclue-o se estiver legalmente ou de fato separado do de *cujos* ao tempo de sua morte.

Em Portugal, o Código Civil não trata diferente o mesmo assunto e exclue da sucessão o cônjuge separado judicialmente ou divorciado, artigo 2.133,3:

O cônjuge não é chamado à herança se à data da morte do autor da sucessão se encontrar divorciado ou separado judicialmente de pessoas e bens, por sentença que já tenha transitado ou venha a transitar em julgado, ou ainda se a sentença de divórcio ou separação vier a ser proferida posteriormente àquela data, nos termos do nº 3 do artigo 1785º. (PORTUGUAL, 1966, **tradução nossa**)

Como pôde ser lido, as legislações civis estrangeiras que por muito influenciaram na criação e no desenvolvimento do ordenamento jurídico brasileiro, excluem da sucessão o cônjuge sobrevivente que seja separado de fato, judicialmente ou divorciado do de *cujus* a época de sua morte, não trazendo para discussão assunto como a culpa ou lapso



temporal. Nesse sentido bem que poderiam influenciar o Código Civil Brasileiro em editar norma que simplifique e tipifique de vez, sem maiores discussões, o advento da culpa na sucessão brasileira.

Ainda como fonte de discussão no ordenamento jurídico brasileiro, a culpa mortuária é merecedora das críticas advindas da maioria da doutrina.

Com a aprovação da EC 66/2010 o legislador afastou o Direito Sucessório do cônjuge se, no momento da morte do outro, não houvesse entre eles vida conjugal em comum. A Segunda parte do artigo 1.830 é uma regra inconstitucional. Discutir a vida conjugal de um casal após o falecimento de um deles é algo totalmente sem lógica e incoerente, já que um deles não mais vive. Além do mais, ainda que estivessem os dois vivos, se a separação fato já existe por mais de dois anos, não há o que se discutir quanto ao mérito da sucessão se não há mais relação de afeto, conjugal, entre o “casal”.

A culpa é evento ligado à ocorrência de uma conduta contrária aos deveres conjugais. Se existe uma separação de fato por mais de dois anos, e, durante esse tempo nenhum dos dois tomou a iniciativa de entrar com uma ação de divórcio, ou até mesmo de com uma ação de separação (evento ainda admitido, hoje, por alguns tribunais) que tivesse como causa uma violação aos deveres conjugais é por que de fato não houve uma ofensa de tal tamanho que gerasse esse sentimento de inocência por um dos cônjuges e culpa por outro. Então por que justamente na hora da ocorrência da sucessão o cônjuge sobrevivente poderia falar em culpa do outro cônjuge, com tanta legitimidade? Ora, a nova concepção do conceito de família, visto anteriormente, onde o casamento não é mais a única forma de constituição de família nem, o único modelo protegido pelo Estado, a sociedade não tem mais como objetivo manter as pessoas casadas a todo custo, esse era um modelo de família patriarcal, influenciado pelo direito canônico. Desta forma, não existe lógica nem legitimidade jurídica na imputação da culpa numa separação que já existe de fato por mais de dois anos.

A questão da discussão é bem delicada, pode ser questionada diversas situações. Imagine que seja admitida a separação por culpa de um dos cônjuges, e, logo após a

transação em julgado da sentença da ação de separação, o cônjuge declarado culpado morre. O cônjuge sobrevivente, declarado inocente não será considerado sucessor, já que, apesar de declarada a culpa do falecido, aquele já está separado judicialmente. Outra questão a ser destacada é, como pode ser admitido em nosso ordenamento jurídico, a discussão da imputação da culpa daquele que está morto? que não tem como se defender legitimamente?

É nesse sentido que a segunda parte do artigo 1830 se torna inconstitucional, pois viola o artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, que prevê o Princípio do contraditório e da ampla defesa. Numa questão como essa, não teria como os herdeiros discutir, muito menos provar de quem foi a culpa do fim da relação conjugal a qual não participaram, as vezes apenas como coadjuvante.

As questões que deram causa à separação estão firmadas e entrelaçadas na vida do casal, momentos de uma vida íntima, restrita ao casal, e a intimidade faz parte dos direitos da personalidade. É inconstitucional que a vida íntima do casal seja invadida por um terceiro que não fez parte da relação, que pode até ter tido uma participação, uma proximidade, mas que não o capacita de informações para que tenha legitimidade de acusar um ou outro pela culpa do término do casamento. Ora, as garantias fundamentais do indivíduo, contidas no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, traz os direitos à intimidade e à vida privada como direitos da personalidade. Há quem faça diferença entre intimidade e vida privada, afirmando que os dois possuem conceitos autônomos. Discordo com tal afirmação, a vida privacidade de indivíduo faz parte da sua vida íntima, não tem como os conceitos não estarem ligados, mesmo cada tendo seu conceito.

o poder determinante que todo indivíduo tem de assegurar a proteção de interesses extra patrimoniais através de oposição a uma investigação na vida privada com a finalidade de assegurar a liberdade e a paz da vida pessoal e familiar (SZANIAZWSKI, tr. De Iranilda Ulisses Parente Queiroz em seu artigo A proteção à intimidade e à vida privada a luz da CF/88, disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2662/Protecao-a-intimidade-e-a-vida-privada-a-luz-da-Constituicao-Federal-de-1988>>)



No direito Civil, a intimidade é tipificada como Direitos da Personalidade e, para fortalecer este entendimento, já foram firmados instrumentos internacionais com a finalidade de proteger os direitos da personalidade. Têm-se como exemplo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Conferência Nórdica sobre o Direito à intimidade.

A vida privada da pessoa é protegida pelo Código Civil de 2002. Em seu artigo 21, lê-se: "A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma". (BRASIL, 2002). Ora, como pode, em seguida, logo no final de suas disposições, o mesmo código elaborar um artigo que permite o cônjuge sobrevivente ser sucessor legítimo do de cujus, mesmo separado de fato por mais de dois anos, caso prove que a culpa da separação conjugal foi do cônjuge falecido? É incontroverso. Para se provar a culpa é preciso adentrar na vida íntima e privada do casal, não existe outra forma que não seja assim. Logo, o mesmo código inicialmente protege, e logo depois viola a privacidade da pessoa natural. E pior, da pessoa natural que não está mais viva para se defender.

Outro aspecto inconstitucional a ser avaliado, quando se discute a culpa no artigo 1.830, é a sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana. Toda norma inconstitucional deve respeitar e garantir os princípios gerais emanados na Carta Magna. Farias defende a mesma ideia: "Trilhando o caminho assinalado e voltando a visão para o caso sub examine, é fácil perceber que a discussão sobre a culpa é inadequada, insensata e atentatória dos direitos fundamentais da pessoa humana, reconhecidos em sede constitucional." (FARIAS, 2006, p. 130).

Na mesma linha de raciocínio, Dias explana acerca do assunto:

Parece que a lei não atentou que a Constituição prioriza a dignidade da pessoa humana, consagrando como fundamental o direito à liberdade. Assim, não há como condicionar a dissolução do casamento ao decurso de prazos ou à identificação de suas causas. (2015, p. 86)

Segundo Mizrahi (2001, p. 202), citado por Farias (2015, p. 131), "Cabe a afirmação: a intromissão da culpa nas dissoluções matrimoniais contraria a dignidade humana e a

guerra judicial gera a perda da intimidade.” Por essas razões, a segunda parte do artigo 1.830 é inconstitucional e não deveria continuar sendo aplicado. O correto seria somente considerar o cônjuge sobrevivente como sucessor legítimo do falecido se, no momento da morte, esteve em uma relação conjugal com este.

Por fim, é mister explicar acerca da garantia do contraditório e da ampla defesa quando relacionado ao artigo 1.830. A segunda parte do referido artigo diz que o cônjuge separado de fato por mais de dois anos, que provar que não teve culpa na separação, será legítimo na sucessão do de cujus.

Pois bem, o cônjuge sobrevivente terá que provar que a culpa da separação foi do de *cujus* e, conseqüentemente, os outros herdeiros necessários terão que contestar provando o contrário. Não se consegue ver legitimidade quando a contestação dos fatos não é feita pelo próprio “réu”. Se o de cujus quem está sendo acusado pela separação do casal, não deveria ser ele o legítimo para figurar no polo passivo da ação e se defender das alegações?

Ora, o de *cujus* é o morto. Pode um outro herdeiro necessário, um filho por exemplo, ou os pais do falecido, defender com legitimidade e força em suas alegações, uma acusação feita contra uma pessoa que já está morta? Como? Se a relação conjugal era vivida pelo casal? Como pode esse outro herdeiro necessário contestar as alegações do cônjuge sobrevivente se para provar a culpa pelo fim de um casamento é preciso viver essa relação conjugal (é importante lembrar que, o trabalho entende não existir espaço para discussão de culpa pela separação conjugal, uma vez que ninguém é culpado por não querer mais estar com alguém?)

O que sustenta o casamento é a afetividade, o amor e, ninguém é culpado por deixar de amar). Essa circunstância não faz bem a nenhuma das partes, a meu ver é apenas um interesse patrimonial advindo do cônjuge sobrevivente e uma proteção exacerbada por parte do legislador. Essa circunstância possibilita trazer à tona acontecimentos já esquecidos, vividos pelo casal, e geral uma confusão familiar, diminuindo a paz na relação entre os membros.



Dois anos já é mais que suficiente para se dissolver um casamento, sem discussão de culpa e motivos, e para excluir o cônjuge sobrevivente que por muitas vezes já não tem nenhuma relação afetiva com o falecido e, pior, algumas vezes já possuem união estável com outra pessoa, amando e sendo feliz, no ramo amoroso, outra vez. Essa prática só faz gerar tumulto em família e traz ao Direito Sucessório a importância da causa da separação, o que de fato, não deveria existir.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho, pode-se perceber que, entre o antigo código civil de 1916 e o atual código de 2002, o Direito Sucessório passou por diversas mutações, inclusive quando se trata da sucessão do cônjuge sobrevivente. Ao longo do trabalho, foram abordados aspectos gerais do direito sucessório, seu conceito, sua abertura, os sujeitos da sucessão, a competência, legitimidade, aceitação, renúncia e exclusão. Além disso, foram pesquisadas questões jurídicas que tornam o advento da culpa, contido na segunda parte do artigo 1830 do Código Civil, como Inconstitucional, por não respeitar os Direitos da Personalidade, o princípio da dignidade da pessoa humana e do contraditório e da ampla defesa.

Em um outro momento, constatou-se que o Direito de Família vem sendo também modificado, em meio ao contexto histórico da evolução social. Hoje, adota-se um novo conceito de família baseado no afeto como sustentação da relação conjugal. Diante de tanta evolução e modernidade advindas da sociedade, o legislador reformou a constituição através da Emenda Constitucional 66/2010. Verificou-se no presente trabalho que parte significativa da doutrina reconhece que a separação judicial foi extinta após a edição da referida emenda. Ademais, a persistência em sua existência é considerada um retrocesso para o ordenamento jurídico, uma forma usada pelos profissionais do direito, advogados, para ganhar mais honorários de seus clientes.

O conceito de culpa mortuária e o enfraquecimento da culpa também foram tópicos de questionamento nesse trabalho. Constatou - se que, alguns doutrinadores consideram

que a religião teve e ainda tem, forte influência na persistência da discussão da culpa em nosso ordenamento jurídico, o que sustenta ainda, sua presença em algumas decisões judiciais.

O Código Civil de 2002 trouxe em seu artigo 1.830 a necessidade de se encontrar um culpado pelo fim do casamento. Após a Emenda 66/2010, alguns culpa se torna irrelevante, considerando a liberdade que os cônjuges têm de querer ou não continuar com a família constituída, tendo como base o afeto, a relação de amor e a ascensão pessoal do casal.

Por fim, diante do estudado e pesquisado, concluiu-se pela falta de fundamento legal, moral e histórico da culpa, bem como pela sua inconstitucionalidade frente à EC 66/2010, por desrespeito aos direitos da personalidade, já que para provar a culpa do morto pela separação da vida conjugal é preciso adentrar à sua intimidade e vida privada, e pelo desrespeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como também do contraditório e da ampla defesa. Apesar do discutido, essas inconstitucionalidades continuam presentes no ordenamento jurídico, o que demonstra que a legislação é falha no que diz respeito a acompanhar as mudanças e a evolução da sociedade, ficando sob responsabilidade da jurisprudência a solução de questões como essa, que por muitas vezes, ainda insistem em não adormecer o advento da culpa quando se trata de sucessão de cônjuge sobrevivente. Embora o legislador vise a proteção da família, existe também a vontade assegurada de cada pessoa.

Atualmente, em tempos de avassaladoras mudanças na sociedade e de sua expressiva evolução de pensamento, além do novo conceito de família concentrado na relação de afeto, é importante que o legislador elabore uma legislação eficiente. Como foi demonstrado na última sessão do trabalho, em algumas legislações estrangeiras como na França, Alemanha, Portugal e Espanha, já se exclui da sucessão o cônjuge sobrevivente por muito menos, em alguns casos sem consideração de lapso temporal e muito menos por culpa daquele que já não está nem mais aqui para se defender legitimamente.



Nota-se atualmente uma tentativa legislativa de aprimorar a lei sucessória quando se equipara cônjuge com companheiro. Por que então não aprimorar a sucessão do cônjuge sobrevivente buscando evitar o enriquecimento ilícito daquele que não mais vive com o *de cujus*, que não mais mantinha uma relação de amor e afeto com ele e que em alguns casos até mesmo já mantém uma outra relação amorosa com outra pessoa e é feliz?

Por fim, concluiu-se que este tema é de grande relevância, visto que após sete anos de elaboração da Emenda Constitucional 66/2010 ainda se fere livremente a Constituição Federal quando se discute a culpa no Direito Sucessório. Portanto, chega-se à conclusão de que o Código Civil, mais precisamente no que se trata na parte final do seu artigo 1.830, precisa ser aprimorado. E que a melhor forma de dirimir a problemática apresentada seria considerar a culpa ali tratada, como inconstitucional, deixando definitivamente de ser aplicada. O aconselhado seria adequar a norma à realidade social e à Constituição Federal através de uma nova edição do referido artigo.

REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch**. 1990. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2017.
- CAHALI, Francisco José. **Direito das sucessões**. 4. Ed. Ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 197; 204 – 206.
- CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. **Temas contemporâneos de direito das famílias**. São Paulo: Pílares, 2013. 438 – 442.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 33; 84 – 86.
- ESPAÑA. **Código Civil Español**. 1889. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2017.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. **A separação judicial à luz do garantismo constitucional: a afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 11 – 14; 130 – 131.

FRANÇA. **Código Civil Francês.** 1804. Disponível em: <https://www.gesetzehttps://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>. Acesso em: 27 maio 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 122.

PEREIRA, da Cunha Rodrigo. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 211.

PORTUGAL. **Código Civil Português.** 1966. Disponível em: <<https://www.igac.pt/documents/20178/358682/Código+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>>. Acesso em: 27 maio 2017.

SZANIAZWSKI, tr. De Iranilda Ulisses Parente Queiroz em seu artigo A proteção à intimidade e à vida privada a luz da CF/88, disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2662/Protecao-a-intimidade-e-a-vida-privada-a-luz-da-Constituicao-Federal-de-1988>> Acesso em: 29/05/2017.

.....



A RESPONSABILIDADE DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DA PERDA DA OPORTUNIDADE

.....
Aline Carolina Albuquerque de Oliveira Menezes de Farias¹

1 INTRODUÇÃO

A evolução das relações humanas impulsiona constantes mudanças doutrinárias no ordenamento jurídico internacional. Teorias vanguardistas originadas em países que adotam o sistema de responsabilidade civil tem alcançado mais além de suas fronteiras. Os novos dogmas surgem para disciplinar conflitos antes ignorados e são incorporados por países que compartilham reciprocamente dos mesmos fundamentos de direito, os quais os implementam a sua legislação mediante o êxito que tais inovações jurídicas apresentam.

No âmbito do direito civil, teorias como a da perda da oportunidade, direito à escolha edireitos reprodutivosestão se destacando e tomando espaço no cenário jurídico de maneira a não permitir que siga existindo dúvidas quanto à tomada de decisões nas contendas do âmbito civil.

Considerando que a tradicional teoria da causalidade reduz a quantificação da responsabilidade ao tudo ou nada, será proposto aplicar o instituto da perda da oportunidade a um caso paradigma como forma de relativizar o nexu causal.

Há uma vasta temática relativa à responsabilidade pela perda da chance, tendo o Professor Rafael Peteffi da Silva (2015) afirmado que a teoria da perda da oportunidade se tornou na doutrina internacional um autêntico campo de batalha, onde existem diversas correntes com posições variadas sobre o mesmo tema e que não há uma consonância absoluta entre os doutrinadores sobre os pontos mais interessantes da teoria.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Universidade Federal de Pernambuco, Mestranda em Cultura Jurídica pela Universidad de Girona (Catalunha- Espanha).



Essa pesquisa pretende abordar a possibilidade da teoria da perda da oportunidade ser estudada e discutida desde uma perspectiva mais ampla. Esta teoria costuma ser utilizada para responsabilizar profissionais como advogados, médicos, ou para questões no âmbito laboral. No que é concernente à saúde, os estudos disponíveis sobre essa doutrina restringem suas discussões a responsabilidade de profissionais médicos, instituições hospitalares ou seguradoras de saúde.

No entanto, nos deparamos com casos em que incidentes na produção de medicamentos venham a provocar um dano em razão de um resultado não pretendido por um usuário que está seguindo um certo tipo de tratamento, e que a conduta negligente, ou mesmo fraudulenta obstaculizou que o mesmo se utilizasse de um tratamento adequado.

É o que ocorre quando laboratórios farmacêuticos põem em circulação no mercado medicamentos com ação ineficaz e que tal irregularidade produz resultados distintos dos que se pretendiam. Caso tivesse o paciente utilizado um medicamento com eficácia satisfatória, provavelmente apresentaria resultados positivos em seu tratamento, mas essa oportunidade lhe foi tomada ao fazer uso de uma medicação burlada.

A extensão da aplicação da teoria da perda da oportunidade de ter um tratamento medicamentoso eficaz (entenda-se eficaz como não inerte) deve ser considerada para efeitos de reparação civil em casos como o que será suscitado.

Como já comentamos, constantemente vão surgindo novas doutrinas com o objetivo de adaptar-se aos conflitos do mundo contemporâneo. Essas recentes ferramentas dogmáticas que se inserem no ordenamento jurídico são encaradas com uma certa reserva e desconfiança. Porém é necessário que elas sejam aplicadas de uma forma mais ampla a realidade que vivenciamos.

Para interpretar a doutrina e a lei, e adequar sua aplicação a uma situação concreta não se deve restringir-se a apoiar-se somente em decisões já proferidas em acontecimentos pretéritos, baseando-se somente em observações empíricas e em uma legislação defasada.



2 A TEORIA DA PERDA DA OPORTUNIDADE

2.1 CONCEITO

Uma nova teoria de origem francesa a que se recorre no âmbito do direito de danos é a teoria da perda da oportunidade. Ela se trata de encontrar a responsabilidade de quem atuou de maneira negligente, imprudente ou antijurídica resultando essa conduta na frustração da possibilidade de ter um benefício futuro provável.

Pode-se afirmar que existia probabilidade de obter uma vantagem, pois a vítima, injustamente, perdeu a oportunidade de conseguir uma situação semelhante a da média dos outros indivíduos que a obtiveram.

Se os meios técnicos razoáveis de atuação de uma pessoa diligente não houverem sido tomados, e por essa razão culminou-se na eliminação da chance da vantagem, o agente provocador do dano terá que ser responsabilizado.

A frustração que deve ser tomada em conta não se trata do proveito que se esperava ter, senão da eliminação da possibilidade que esse proveito pudesse acontecer em razão do ato ilícito.

Para a magistrada brasileira, Gracia Cristina Moreira do Rosário (2009), nessa teoria se faz necessário que seja indubitável a extinção de possibilidade de proveito. Estando perdida a oportunidade, tem-se certeza de que o dano ocorreu. Esse dano do qual falamos não se trata de um futuro prejuízo decorrente da perda de oportunidade, ou seja, o dano final, senão da anulação da possibilidade de que o êxito do resultado que se pretendia pudesse ocorrer.

Em outros termos, no caso de que seja determinada uma indenização, esta não equivalerá à totalidade proveito perdido, mas sobre a eliminação total da viabilidade de possuir expectativas de que a vantagem esperada ocorresse. Se a indenização fosse correspondente à integralidade do dano final, isso seria o caso de danos emergentes ou lucros cessantes, a depender do caso.



Desta maneira, a teoria da perda da oportunidade é aplicável em situações de incerteza causal estrita, irreversível e intrínseca. Não se pode exigir que se estabeleça um nexos causal, podendo essa teoria ser aplicável a casos em que não possam ser demonstradas provas de causalidade, quando o prejudicado haja empregado todos os meios para apresentá-las mas não tenha atingido esse objetivo e ao fim só consegue demonstrar que a vantagem que pretendia seria seriamente possível de ocorrer se não fosse pelo fato ilícito.

Portanto, essa teoria se utiliza quando é inexistente a prova do laço causal entre a perda da vantagem e o ato danoso, sendo dessa forma aplicada face a impossibilidade de saber se oportunidade perdida apresentaria um resultado positivo para o lesado. (SILVA, 2015)

Há doutrinadores que classificam a perda da oportunidade como um dano autônomo, por ser considerado como uma espécie de dano passível de indenização própria. Por esse motivo, não se pode confundir referida reparação com a que é aplicada à lesão final efetivamente ocorrida, que seria no caso atribuída aos danos emergentes. Por outro lado não se pode negar que o cálculo da primeira depende do da segunda.

Porém esse conceito de autonomia da perda da chance pode levar a uma confusão quanto à imprescindibilidade de que o dano final ocorra. Na verdade ele deve ocorrer. Peteffi da Silva (2015) ratifica o entendimento de que não deve haver incerteza no que diz respeito à perda definitiva da vantagem que o prejudicado esperava obter ao final do decurso ocasional.

A autonomia de que se trata é a capacidade de que esse dano gere o direito a indenização própria. Desse modo continua existindo uma dependência entre o dano da oportunidade perdida e o dano final. Jean Penneau (apud SILVA, 2009, p. 88), ao referir-se a perda da chance de cura, entende que se trata de um prejuízo intermediário e que se subordina ao dano final. Neste contexto, o doutrinador francês defende que caso não ocorra um dano final (morte ou seqüela), não se pode dizer que ocorreu a perda de oportunidade no âmbito médico, não sendo obrigado portanto a reparar.



2.2 A PROVA DA PERDA DA OPORTUNIDADE

O ponto mais importante da teoria da oportunidade não é a certeza da relação de causalidade, senão que a incerteza continue existindo ainda que a vítima tenha tentado de tudo para superá-la com os meios de prova a sua disposição, mas ainda assim não conseguiu.

Portanto a doutrina da chance só pode ser utilizada quando não existe causalidade necessária entre o fato danoso e a perda da vantagem que a vítima esperava ter, pela impossibilidade material de prova. Mas isso não retira a imprescindibilidade de que o prejudicado comprove a perda da vantagem sofrida, devendo apontar as possibilidades subtraídas pela conduta culposa.(SILVA, 2015)

É possível que se argumente que a ausência de prova do nexo causal seja motivo para que não haja dever de indenizar, mas essa teoria surgiu exatamente para reparar a injustiça de que uma pessoa, ainda que haja demonstrado que foi prejudicada, em razão da limitação humana de provar a causalidade, nada receba como reparação.

Esse determinismo de que a demonstração do nexo causal seja imprescindível muitas vezes promove a injustiça, e essa teoria surgiu como uma maneira de mitigar a exigência absoluta de demonstração de causalidade, dando à probabilidade uma maior importância.

Ainda que seja desnecessária a demonstração absoluta do vínculo causal, alguns requisitos não podem ser dispensados para uma correta aplicação da teoria. Peteffi Silva destaca três condições a serem observadas arguindo que:

Além das condições gerais da responsabilidade civil, condições específicas para sistematizar a utilização da noção de perda de uma chance também são observadas. Deste modo, necessária a demonstração da seriedade das chances perdidas, a adequação da quantificação à álea inerente à perda da chance e a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima.(SILVA, 2015)



A probabilidade da chance tem que ser analisada de maneira que a sua perda não produza um meramente um dano eventual e hipotético. Sendo o dano superior a esse caráter de eventualidade se alcança um nível mínimo de seriedade, sendo desnecessário que atinja o nível absoluto de certeza. Assim se tem suavizado o nível ordinário de prova, outorgando a probabilidade o *status* do próprio objeto da prova. Isso não implica que se deva ater-se a cálculos percentuais, mas sim à razoabilidade da análise da seriedade da possibilidade.

Para realizar a aferição da probabilidade, há que se considerar a proximidade temporal do momento em que a conduta culposa que anulou as chances se concretizou e o momento em que essas chances seriam efetivamente usadas na consecução da vantagem esperada. Isso é importante pois quanto maior for o lapso temporal mencionado, maiores serão as possibilidades de que alguma situação alheia ter sido a causadora da não obtenção da vantagem ansiada.(SILVA, 2015)

2.3 COMO CALCULAR A INDENIZAÇÃO

De acordo com juíza do Rio de Janeiro, Grácia Cristina Moreira do Rosário:

No que concerne à perda da chance, esta deve ser real, e não simples expectativa. Faz-se necessária a demonstração da existência de uma lesão final, **sendo que a quantificação do prejuízo depende do estágio de possibilidade de que a chance perdida se efetuassem**. O quantum estará atrelado à estimativa do dano conseguinte à perda.(ROSÁRIO, 2009, grifos do autor)

Pelo trecho acima exposto, percebe-se que o entendimento da juíza alinha-se com o do docente Peteffi da Silva, pois evidencia-se que a o lapso temporal entre a conduta que ensejou a eliminação da possibilidade e o momento em que o dano se concretizou.

Para calcular a indenização da oportunidade perdida, é necessário que se desconte da estimação pecuniária da vantagem frustrada a porcentagem da incerteza com relação ao seu nexos causal com a conduta do agente que cometeu o dano. Trata-se nada mais que um cálculo da extensão do dano no qual se encontra uma indenização parcial.



Pelo raciocínio da teoria da oportunidade perdida, sabemos que o objeto principal não é o futuro e provável dano decorrente da frustração da expectativa, senão o dano atual, o de não poder mais desejar uma vantagem futura, a certeza de que ocorrerá um dano. Por essa razão a reparação é parcial, pois não equivale a totalidade do dano, dada a dificuldade de estabelecer uma relação causal entre a conduta e o dano final, bem como da comprovação absoluta da culpa. Assim sendo, equivale ao que efetivamente ocorreu, a um dano certo e atual, que se mensura pela porcentagem do prejuízo futuro. Vale ressaltar a medição do percentual é utilizada para fins de quantificação da indenização em danos materiais, e não para medir o grau de probabilidade com fins de constatar a seriedade, como veremos nos parágrafos adiante.

Enquanto a ortodoxa teoria da causalidade necessita que a probabilidade causal alcance um limiar de certeza para que determine uma reparação total, ou que caso não se alcance esse limiar, se libere o possível agente causador do dano integralmente do dever de reparar, a da perda de uma chance é menos estrita.

Dessa forma, o julgador pode se utilizar de uma teoria que não lhe obriga a escolher entre a reparação total ou sua completa ausência. Assim sendo, se trata de uma teoria que não mede maneira muito taxativa a probabilidade de ocorrência do dano, não implicando que o prejudicado obtenha tudo ou nada consiga.

De maneira distinta, na teoria tradicional da causalidade, o grau de probabilidade tem que superar um nível mínimo de seriedade, ou seja, ser superior a mera criação de riscos de um dano hipotético, não sendo necessário que chegue a um patamar máximo de certeza.

O Direito Anglo-americano adota um percentual de 50% ou mais de probabilidade de que o fato efetivamente ocorra para considerar que o nexos causal chance é sério e real. Enquanto que no Direito Europeu Continental, o percentual é de 80%. Se estes percentuais não são alcançados, pode-se suscitar que se trata de uma hipótese de perda de oportunidade. (ALCOZ, 2009)

Neste sentido, o docente espanhol Luis Medina Alcoz sustenta que:



“Se tais níveis se alcançam, haverá que se reconhecer a causalidade, mas se não, haverá que se entender que o fato ilícito não foi *condicio sine qua non* da não obtenção da vantagem desejada, sendo possível então suscitar uma hipótese de perda da chance.” (ALCOZ, 2009, tradução nossa)

O doutrinador brasileiro Sérgio Savi (2006), analisando os estudos do italiano Maurizio Bocchiola (1976), aponta critérios objetivos de aplicação da perda da chance, afirmando que a mesma pode ser verificada quando a probabilidade de oportunidade for superior a 50% como forma de comprovar que a chance de fato existia.

Entretanto no Brasil, já foi pacificada pelo Conselho de Justiça Federal em seu Enunciado nº 444 a pouca relevância de tais percentuais. Vejamos a transcrição do mesmo:

“A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.” (CFJ, 2012)

Isso quer dizer que tomar em conta percentuais para utilizar ou não a teoria da chance pode conduzir a uma interpretação de uma lógica muito metódica e precisa, algo que não é típico das ciências jurídicas, dada a variabilidade do juízo de valor e das relações humanas.

Petteffi da Silva demonstra sua concordância com o Enunciado ao apontar as falhas no entendimento do direito italiano de basear-se em percentuais ao afirmar que:

“Parece-nos bastante compreensível que o direito italiano tenha ficado isolado nesse entendimento, já que existem vários casos em que se pode identificar, com razoável grau de certeza, que a vítima tenha perdido, por exemplo, 20%, 30% ou 40% das chances de alcançar determinado objetivo.” (SILVA, 2015)

Independente do percentual de probabilidade a ser tomado em consideração ou não, não se pode negar que desta maneira se relativiza o nível ordinário de prova, fazendo com que a probabilidade se converta no próprio objeto da prova.



2.4 O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA TEORIA E A ADOÇÃO EQUIVOCADA DA MESMA

A doutrina da oportunidade perdida costuma ser empregada em hipóteses de responsabilidade de profissionais tais como advogados, médicos, no âmbito laboral, perda da chance de ascensão profissional ou até mesmo de ganhar prêmios pecuniários em jogos. O âmbito de aplicação é amplo, podendo ser feito em situações pouco usuais por extensão analógica, mas não deve ser realizado em todos os casos de incerteza que possam ser suscitados, pois isso provocaria insegurança jurídica.

Para Medina Alcoz (2015), há critérios que de alguma forma limitam o âmbito de aplicação da teoria da chance, se ocorre o caso de que a probabilidade seja nula, se o dano (perda de oportunidade) ainda não tenha se concretizado, ou se em caso de que acontecimentos futuros sejam capazes de reverter o dano, assim como no caso de que a vítima não tenha aplicado todos recursos probatórios que tinha a seu alcance.

Há que observar esses critérios para que não se vá contra a ideia fundamental do Direito de Danos, a de que deve se submeter à responsabilidade quem causou um dano, e não quem apenas se supõe que pode tê-lo ocasionado. Em outras palavras, o dano não pode ser hipotético.

Não obstante o uso desta teoria estar evoluindo no Brasil, Peteffi da Silva (2015) aponta vários equívocos encontrados em jurisprudências como a confusão conceitual entre a reparação pela oportunidade perdida e a indenização da própria vantagem esperada pela vítima, confundindo com a natureza jurídica dos lucros cessantes. Encontramos casos também que confundem com danos emergentes.

Peteffi ainda afirma que frequentemente se identifica na jurisprudência a caracterização do dano extrapatrimonial como única manifestação da teoria da perda da chance, o que é um grave erro, pois frequentemente se manifesta em situações de prejuízo patrimonial.



No Brasil, a adoção dessa teoria veio tomando espaço nos tribunais de maneira tímida nesta última década. Em razão de ser muito recente, é frequente que os julgadores fundamentem sua opção pela teoria da chance na doutrina internacional, já que ainda não existem precedentes suficientes para abarcar a todos litígios em que a mesma pode ser utilizada.

3 O CASO DA “PÍLULA DE FARINHA” E A PERDA DA OPORTUNIDADE DE REALIZAR UM PLANEJAMENTO FAMILIAR

3.1 RELATO CASO PÍLULA DE FARINHA

Com o aprofundamento dos estudos sobre os desdobramentos do exercício dos direitos fundamentais, pudemos verificar a existência de novos bens tuteláveis, tais como direito à oportunidade, direito à escolha, direitos existenciais, direitos reprodutivos, dentre outros. Entretanto, a ofensa a esses direitos não costuma produzir resultados reparatórios.

Muitas vezes eles são preteridos por uma certa desorientação dos julgadores ao entender haver uma dependência recíproca entre pedidos cumuláveis e considerarem que o provimento ou não de um deles se estende aos outros. Esse falho entendimento que o acolhimento de apenas um dos pedidos por si só já satisfaz o outro acarreta a desconsideração do segundo.

Façamos uma análise sobre o prisma da perda da oportunidade de um incidente que ganhou notoriedade e foi amplamente divulgado na imprensa no fim dos anos 90. Tal incidente ficou conhecido como o caso das pílulas de farinha, o qual foi protagonizado pelo laboratório Schering do Brasil.

Referido laboratório ao experimentar sua nova máquina de embalagens, fabricou 500.000 (quinhentas mil) cartelas de pílulas sem o princípio ativo idênticas as que usava para embalar as pílulas verdadeiras, e esses medicamentos foram postos equivocadamente no mercado.



3.2 ANÁLISE DO CASO EM CONCRETO E DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA PERDA DA OPORTUNIDADE

Esse incidente teve como consequência a gravidez indesejada de várias usuárias da pílula, tendo muitas recorrido à justiça com o fim de buscar a reparação pelo dano que lhes foi causado, a mudança involuntária do planejamento de vida.

Em uma decisão judicial no estado do Paraná de uma consumidora que requereu reparação por danos materiais e morais o laboratório foi condenado a pagar plano de saúde, bem como pensão alimentícia no valor de quatro salários mínimos ao menor concebido em decorrência da falha do medicamento até que o mesmo completasse 21 anos, bem como danos morais.

Entretanto a sentença foi reformada no tribunal com relação à condenação ao pagamento de danos morais sob o argumento de que o nascimento de filho saudável, em normais condições, ainda que não planejado, não caracteriza, por si só, o dano moral indenizável. Adiciona-se que não foi especificado que espécie de abalo ou sofrimento moral trouxe a gravidez indesejada.

Resta claro que os danos extrapatrimoniais foram rechaçados, algo que é de costume ocorrer devido ao fato de que geralmente são erroneamente classificados como danos morais. Essa generalização é o que vem causando vários equívocos ao realizar o pedido de reparação por lesão extrapatrimonial, bem como em julgá-los cabíveis ou não. Peteffi da Silva (2015) critica referido uso genérico do pedido aludindo o dano moral como se a porta larga que a tudo deixasse entrar.

Se a reparação pelo dano extrapatrimonial fosse fundamentada sob a ótica da perda da oportunidade de realizar um adequado planejamento familiar, e este novo instituto integrante da responsabilidade civil fosse devidamente elucidado, maiores seriam as chances de que se obtivesse êxito.

Entende-se que o planejamento familiar é um direito amparado constitucionalmente, fundado no princípio da dignidade humana e sendo uma forma de



exercício de cidadania. Os direitos reprodutivos são consagrados no artigo 226, §7º da Constituição Federal Brasileira como de livre decisão do casal. Tãmanha a importância do que é preceituado no mencionado artigo que foi criada a Lei nº 9.263 do ano de 1996 com fins de regulá-lo, definindo o planejamento familiar como um conjunto de ações de regulação de fecundidade que garante direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem e pelo casal.

O código civil brasileiro, em seu artigo 1565, §2º, da mesma maneira também assegura que o casal tem a liberdade para realizar o planejamento familiar, não podendo haver qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

Desta maneira, o fato de uma mulher fazer uso de um medicamento anticonceptivo demonstra que ela está exercendo seu direito ao planejamento familiar constitucionalmente protegido e qualquer afronta ao mesmo gera o dever de reparar.

Quando um casal se utiliza de método contra conceptivo, significa que os mesmos não se encontram em um período oportuno para gerar e se responsabilizar por um outro ser humano. Os motivos podem ser variados, seja porque estão em busca de ascensão profissional e isso lhes ocupa muito tempo; ou porque já possuem outros filhos e já não tem mais condições de dar um suporte afetivo e educacional satisfatório a todos; ou mesmo porque simplesmente não se sentem aptos para ser guardiões de outro ser humano e não desejarem prestar-se a essa responsabilidade.

3.3 DAS CONDIÇÕES DE APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DA CHANCE AO CASO EM ANÁLISE

Evidencia-se que no caso das pílulas de farinha, a oportunidade de abster-se em procriar lhes foi arrancada, pois caso o medicamento não fosse inerte, o resultado esperado pelas consumidoras lesadas seria alcançado.



Estão presentes os pressupostos que caracterizam a aplicação da Teoria da Perda da Oportunidade ao caso pois está-se diante de uma situação de incerteza causal estrita, irreversível e intrínseca.

Ora, de fato se pode falar que a incerteza é intrínseca pois é sabido que a utilização de qualquer método contraceptivo oral não tem 100% de eficácia, ainda que a pílula não possuísse nenhum vício e que fosse usada corretamente. Por fim, é irreversível porque uma vez concretizada a concepção, esta não poderia ser revertida, pois conforme a legislação brasileira o aborto não é permitido.

3.3.1 DA POSSIBILIDADE DA ARGUIÇÃO DE PERDA DA OPORTUNIDADE EM PAÍSES ONDE O ABORTO É PERMITIDO EM CASOS DE GRAVIDEZ DECORRENTE DE ANTICONCEPCIONAIS INEFICAZES

É indiscutível que o critério da irreversibilidade estaria superado em países em que o aborto é permitido como nos Estados Unidos, onde a maioria dos estados permitem em qualquer idade gestacional. Caso um incidente como o das pílulas anticoncepcionais sem princípio ativo ocorresse naquele país, não haveria de se falar em utilização da teoria da perda da chance.

No Uruguai, na Espanha e na França, o aborto é permitido legalmente, existindo um limite de idade gestacional, caso não haja risco para a gestante ou má formação do feto, de até a 12ª semana no caso do Uruguai e até a 14ª nos dois países europeus.

Nesses últimos países em que existe um limite de idade gestacional a situação probatória pode se tornar um pouco mais controversa. Caso uma mulher que teve uma gravidez indesejada decorrente de uma anticoncepcional inerte e apenas tome conhecimento de sua gestação após o limite de semana, a aplicação do instituto da perda da oportunidade dependeria de uma análise probatória.

A gestante deveria provar que não teve como tomar ciência de sua condição dentro do período em que não havia restrição para a realização do procedimento abortivo,



não sendo a causa do desconhecimento a inércia da mesma em realizar os devidos testes de gravidez. Há mulheres que possuem um ciclo menstrual irregular, ou alguma doença que faz com que tenham vazamentos sanguíneos, confundindo assim com o fluxo menstrual.

Porém pode inclusive ocorrer do teste de gravidez produzido em laboratório farmacêutico possuir alguma ineficácia e não detectar a gestação fazendo com que apenas se descubra em um período avançado, quando não mais é permitido realizar o aborto. Isso geraria outra discussão interessante sobre a perda da oportunidade, que seria no caso do direito a abortar, o que se restringiria a países onde o procedimento do aborto é legalmente permitido.

4 CONCLUSÃO

Como vimos inúmeras são as possibilidades de sofrer um dano, evoluindo a necessidade de maior abrangência de bens tuteláveis. É constante o surgimento de novas doutrinas com o objetivo de adaptar-se os conflitos do mundo contemporâneo. Essas recentes ferramentas dogmáticas que se inserem no ordenamento jurídico são encaradas ao começo com uma certa reserva e desconfiança.

É necessário que elas sejam aplicadas à nova realidade que estamos vivenciando. Permanecer inerte ao surgimento das inovadoras teorias e se acomodar com os preceitos das preexistentes seria como promover um positivismo dogmático ao atuar como se só existira um método de resolução a todas situações arbitrárias.

Para interpretar a lei e adequar sua aplicação a uma situação concreta, não se deve se restringir a espelhar-se em decisões já proferidas em acontecimentos pretéritos, baseando-se desta maneira em observações empíricas e leis gerais.

Se assim se age, não se admite que o mundo está em constante evolução e que os conflitos da humanidade tem origens que se renovam continuamente fazendo que se enfrentem situações nunca antes experimentadas. Se assim fosse, se caracterizaria o



positivismo dogmático que é incompatível com o dinamismo da evolução das relações interpessoais.

A ciência jurídica não é como a matemática que tem soluções estáticas, ela é dinâmica e tem que se adequar a solucionar os novos conflitos que surgem como consequência dos avanços sociais e tecnológicos. Por essa razão, teorias ultrapassadas não solucionam os novos problemas que constantemente estão surgindo no mundo contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ALCOZ, L. M.. Hacia una nueva teoria general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades. Revista de la Asociación Española de abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguros. Granada, v. 30, 2009. Disponível em <<http://www.asociacionabogadosrcs.org/revistas/RC%2030.pdf>>. Acesso em 11 de mai. 2017.

BRASIL. Conselho Federal de Justiça. V Jornada de Direito Civil / Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. – Brasília : CJF, 2012. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/at_download/file>. Acesso em 06 de nov. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/constituicao/constituicao.htm>> Acesso em 06 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Acórdão na Apelação Cível - 0112552-2, Relator: Sydney Zappa, Data de Julgamento: 03/04/2002, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 13/05/2002 DJ: 6120. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>> Acesso em 06 de nov. 2017.

BOCCHIOLA.M. (1976).Perdita di una chance e certezza dei danno. in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, p. 55-101.

ROSÁRIO, G. C. M. A perda da chance de cura na responsabilidade médica. Revista EMERJ Online. Rio de Janeiro, v. 11. N. 43, 2008. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista43/revista43_sumario.htm>. Acesso em 11 de mai. 2017.

SAVI, S. (2009). Responsabilidade civil por perda de uma chance. . 2ª ed. São Paulo: Atlas.



SILVA, R. P.(2009). Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 2ª ed. São Paulo: Atlas.

SILVA, R. P. (2015). A responsabilidade pela perda de uma chance, rico exemplo de circulação de modelos doutrinários e jurisprudenciais.Disponível em

<http://emporiododireito.com.br/backup/a-responsabilidade-pela-perda-de-uma-chance-rico-exemplo-de-circulacao-de-modelos-doutrinarios-e-jurisprudenciais-por-rafael-peteffi-da-silva/>. Acesso em 06 de nov. 2017.

UOL. Saiba como o aborto é regulamentado em 7 países. [Abril 2014]. Mariane Roccelo. Opera Mundi, São Paulo, 28 de abril 2014. Disponível em <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/reportagens/35023/saiba+como+o+aborto+e+regulamentado+em+sete+paises.shtml>>. Acesso em 06 de nov. 2017.





AS TITULARIDADES DOS DIREITOS DIFUSOS: **UMA NOVA CATEGORIA JURÍDICA LIGADA AO** **PERTENCIMENTO E SEUS IMPACTOS NAS RELAÇÕES PRIVADAS**

.....
Everilda Brandão Guilhermino¹

1 INTRODUÇÃO

Os ordenamentos jurídicos ocidentais vêm ampliando seu universo de tutela para contemplar direitos que possam ir além do conflito individual, abarcando conflitos metaindividuais. A sociedade mudou e exigiu uma adequação do ordenamento jurídico na tutela dos bens da vida. Essa mudança teve um avanço substancial a partir da tutela dos bens difusos.

Para compreender melhor tal fenômeno, tem-se a teoria de Edgar Morin que desde a década de cinquenta foi responsável por pensar e descrever a complexidade humana. A partir de suas reflexões foi possível entender algumas premissas que determinam a visão humana sobre si mesma e as consequências produzidas nos modelos de apropriação que ao longo do tempo regularam o poder do ser humano sobre as coisas.

A grande questão, portanto, é esta: combinar o simples e o complexo. Quando a simplicidade não funciona mais é preciso passar ao elo, à espiral, a outros princípios do pensamento. Temos assim a revolução que diz respeito a um grande número de ciências e que substitui a incerteza pelo jogo do certo e do incerto, do separável e do inseparável. (Morin: 1999, p. 28)

A teoria da complexidade propõe que todo fenômeno seja observado em sua inteireza, não se limitando às partes que compõe o todo, mas indo além disso para observar ainda o resultado de suas interações.

¹ Advogada. Mestre e Doutoranda pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Membro do grupo de pesquisa Constitucionalização das Relações Privadas.



O imaterial começa a ser considerado como riqueza, e como valor atribuído pelo espírito humano, e tem ocupado um espaço cada vez maior na esfera de interesses do indivíduo com a denominação de bens difusos. A novidade dos tempos atuais é que as pessoas têm atribuído a esses bens imateriais a mesma relevância que naturalmente se dá aos bens ordinariamente sujeitos à tutela jurídica, rompendo com as certezas da legislação civil.

Nesse mundo de possibilidades que se apresenta, onde se criam novas necessidades para o espírito humano, as coisas objeto de pertencimento podem se tornar essenciais, por serem o traço de uma nova era, a ponto de ganharem uma importância tal que já não seja possível viver sem elas.

O que se percebe é que quando se busca a regulação de certos bens percebe-se que eles não se encaixam adequadamente no formato proprietário proposto pelo código civil, seja porque já nascem de forma comunitária, como a internet, seja pela função que exercem na sociedade, a exemplo da água. Essa inadequação é que vem pressionar o legislador, o intérprete e o julgador a vislumbrarem uma nova forma de tutela dos bens e direitos.

Os ordenamentos jurídicos se prepararam para as demandas produzidas pelo pertencimento individual, mas timidamente tocam, ainda na era contemporânea nas demandas que ultrapassam o interesse exclusivo de um titular, a exemplo dos bens difusos.

É consequência natural do avanço da história a valoração social de novos bens da vida, os quais serão entregues aos ordenamentos jurídicos para receberem a proteção legal que a sociedade espera. Esses novos bens da vida ora vão desafiar o conceito de propriedade, ao se perguntar se podem ser objeto de apropriação (o que ocorre com tecidos humanos), e ora vão desafiar o próprio pertencimento, quando se inaugura um novo modelo de relacionamento entre ser humano e bens, eliminando a exclusividade (o que ocorre com o direito de acesso à água ou à internet).



Novos centros de interesse ligados ao pertencimento ensejam novos bens jurídicos, e conseqüentemente, novos titulares. A Constituição Federal deu os primeiros passos, mas ainda se mantém a resistência do Código Civil. Nesse contexto, o papel da doutrina é fundamental, propondo a readequação ou criação de conceitos, ensinando o ordenamento para responder às novas demandas de uma sociedade que vive na abertura de um novo milênio.

A existência de bens compartilhados, e o direito de acesso ao que não pode ser apropriável de forma exclusiva, são exemplos que propõem uma teoria mais elaborada que visualize a tutela do pertencimento para além da apropriação exclusiva prevista no Código Civil ao tutelar a propriedade privada. Eles demonstram o nascimento dos chamados bens e direitos difusos, ensejando a criação de uma nova categoria que já encontra tutela no ordenamento jurídico brasileiro por meio de sua consolidação na Constituição Federal de 1988, com forte impacto nas relações privadas.

Há um estranhamento natural ao se deparar com bens que não foram previstos pelo Código Civil, o grande guardião da propriedade, que a classificou em pública ou privada. Mas, os bens difusos não se enquadram nesta polarização e por isso precisam de uma nova categoria. Traduzem uma nova forma de pertencimento desafiando as estruturas sobre as quais sempre erguemos a relação de apropriação sobre coisas.

2 BASES JURÍDICAS DA TUTELA DOS DIREITOS DIFUSOS: UMA NOVA PERSPECTIVA DO BEM COMUM E O ALARGAMENTO DO CONCEITO DE PATRIMÔNIO

Se é possível traçar um perfil do ser humano contemporâneo que o marque como sujeito histórico do século XXI, nele encontraremos as marcas indiscutíveis da cidadania global, da conexão com a natureza, do respeito à pluralidade e à diversidade. Eis o perfil adotado pelas legislações democráticas ao redor do mundo, a exemplo do Brasil. E todo



aquele que não segue esses horizontes certamente é taxado como um sujeito retrógrado e resistente aos novos tempos.

Esse cidadão é global e complexo, nos termos elencados por Edgar Morin. Ao mesmo tempo que preserva sua individualidade e luta pelo seu lugar no mundo, vê-se conectado e responsável pelo meio que o cerca, conduzindo cada atitude individual em prol de si do que está além de si. Não é à toa que Pietro Barcelona (1996, p.89) afirma que "el desarrollo de la modernidade y de sus crisis se presenta como la imagen de un gran, colossal processo de debilitación del yo".

O certo é que, em tempos contemporâneos, o existir humano demanda duas esferas a serem preenchidas: a patrimonial e a existencial. E os bens difusos compõem essa esfera existencial.

É possível perceber, a partir do passado, como a contemporaneidade vem construindo a sua marca própria nas relações de pertencimento, ao estabelecer uma nova concepção de bem comum. Não um conceito utópico de felicidade geral, algo a ser espiritualmente conquistado, mas um bem jurídico, recebedor de tutela jurisdicional que regula direitos e deveres ligados ao pertencimento. Trata-se do que Luigi Vallauri (1995: 43) chama de "*riorientamento personale generalizzato del proprio desiderio di conquista*".

O presente estudo trata dos direitos difusos, os quais abarcam uma série de bens jurídicos de natureza fluida e incorpórea, cuja essência está no compartilhamento do seu uso e de sua titularidade, uma forma distinta da propriedade singular e individualista dos liberais, mas que compõe a generalidade do pertencimento.

Sua maior expressão está na sua natureza fluida e difusa, cujos bens não possuem um contorno físico que os permitam ser tocados, mas que ainda assim podem ser experimentados por cada indivíduo na sua integralidade, a exemplo do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.

Trata-se da consolidação de uma análise específica desse conceito de "bem comum", diverso daquele já experimentado pelo direito civil e pelo direito administrativo e que traz novas bases de regulação nos ordenamentos contemporâneos. E tal conceito é



visitado por importantes autores que expressam o conteúdo renovado dessa expressão, o qual reflete novos valores sociais que impactam positivamente as leis ligadas ao pertencimento à medida que impõem ao sistema jurídico o traço marcante da alteridade no lugar da exclusividade.

Os autores Hardt e Negri (2010: 176) delimitam o bem comum como a reunião das produções da natureza e da sociedade, reunindo tanto o ar, a água, a fauna, como a língua, os costumes e os afetos. Soma ainda uma disposição social em produzir e conservar o que é comum.

Ao lado deles está a ideia de bem comum proposta por Stefano Rodotà (2013: 483) que o define como aquele que não permite vantagem ou direito exclusivo, incorporando numa solidariedade intergeracional:

Appartengono a tutti e a nessuno: tutti possono accedervi, nessunopuò vantaredirittiesclusivi. Divengono condivisi per se stessi, e dunque devono essere gestiti in base ai principi di eguaglianza e solidarietà, rendendo effettive forme di partecipazione e controllo degli interessati e incorporandola dimensione del futuro, nella quale si riflette una solidarietà divenuta intergenerazionale, un obbligo verso le generazioni future.

Esse conceito vai além do enquadramento clássico proposto pelo direito administrativo e até mesmo pelo direito civil. Ele envolve temas que interessam à condição humana, à percepção das virtudes, como a justiça, e ideais filosóficos de fraternidade. Sua fonte normativa é uma propriedade constitucionalizada, com contornos distintos e tratamento legal específico. O conceito jurídico é de direito difuso, amplamente fundamentado na ideia filosófica e sociológica de bem comum, mas no formato diverso daquelas disciplinas jurídicas.

No Brasil, essa construção racional é possível graças aos novos caminhos interpretativos proporcionados pela metodologia do direito civil-constitucional. "A concatenação da normativa constitucional pode revelar, por suas falas e também por seus silêncios, a construção dogmática e ideológica da propriedade no direito brasileiro contemporâneo". (Cortiano Jr, 2014: 30)



O tratamento legal do bem comum exige uma nova forma de racionalidade jurídica, ultrapassando o esquema dualístico existente nos dois últimos séculos, como bem afirma Stefano Rodotà (2013:461) :

I benicomuniesigono una diversa forma dirazionalità, capace di incarnare i cambiamenti profondi che stiamo vivendo, e che investe la dimensione sociale, economica, culturale, politica. Siamo così obbligati ad andare oltre lo schema dualistico, oltre la logica binaria, che ha dominato negli ultimi due secoli la riflessione occidentale – proprietà pubblica o privata

Enquanto o direito civil e o direito administrativo definem o bem comum numa perspectiva de controle estatal (confundindo por vezes com o bem público de titularidade do Estado) ou na permissão de uso por qualquer pessoa (rios, praças), neste estudo a expressão é tomada a partir da ideia de um bem jurídico cujo pertencimento só se materializa na possibilidade de compartilhamento e que está ligado a uma titularidade difusa, representada por toda a sociedade.

O conceito de bem comum, portanto, traz aquele que pertence a todos e a nenhum exclusivamente, cuja experiência de pertencimento está no compartilhamento, sendo a sociedade o seu titular. Ele inaugura uma lógica não proprietária e é administrado pelo princípio da solidariedade.

Essa titularidade traduz uma nova cidadania ao mesmo tempo que conduz os textos normativos em cada sociedade, bem como as políticas públicas em âmbito nacional e internacional. É possível verificar que quanto mais civilizada uma sociedade, mais consolidada está esta ideia de bem comum, assentada em princípios normativos de solidariedade e funcionalização dos direitos.

Como consequência, impossível não visualizar o alargamento do conceito de patrimônio para caracterizá-lo também como conjunto dos bens de titularidade compartilhada quando designa o conjunto de bens difusos, promovendo importante ruptura no conceito clássico civilista. E eis aqui a grande revolução das relações de pertencimento desde o início da era moderna: o direito de uso de tais bens só tem sentido se compartilhado.



Torna-se claro que o patrimônio enseja um novo conteúdo, mais amplo que o de bens corpóreos previstos pelo legislador do Código Civil em 1916, diante de uma sociedade eminentemente agrícola, cuja maior riqueza era representada por imóveis rurais.

Os bens imobiliários deixaram de ser a maior expressão de riqueza e a sociedade atual, mais complexa que a do século passado, a qual atribui ao incorpóreo grande valor social e jurídico.

Como bem alerta José Robson da Silva (2002: 138), “Na linguagem clássica, pode-se afirmar que o patrimônio, na Constituição, tem funções privadas e públicas. Para além disto e numa perspectiva crítica, o patrimônio possui funções sociais e difusas.”

Na era moderna, o social abarca a esfera do governo e da família, permitindo uma nova oposição: a dicotomia entre o social e o individual. A esfera social passa a abarcar a econômica, estabelecendo o terreno do mercado, das trocas e do comércio. O privado começa a associar-se com a ideia de riqueza, de propriedade. Dessa mistura entre o público e o privado, juntamente com associação do privado com a propriedade da riqueza faz nascer a necessidade de proteção econômica contra os excessos do Estado. O direito público e o direito privado passam a ser diferenciados pelos interesses do Estado e os interesses do dos indivíduos. (Ferraz, 2003: 136)

Trata-se de perceber uma distinção clara entre propriedade e riqueza. A primeira encerra uma titularidade sobre bens, formalizada na lei; já a segunda, compreende os bens que resguardam valor para a sociedade, mas que prescindem de um registro formal ou mesmo de um reconhecimento jurídico sobre sua existência e apropriação.

Tal concepção de riqueza, baseada na experiência do compartilhamento tem bases humanistas e impacta profundamente o próprio conceito de dignidade humana, que não termina no indivíduo, mas na humanidade que mora nele, como afirma Carlos Ayres Brito:

A humanidade que *mora* em cada um de nós é em si mesma o fundamento lógico ou o título de legitimação de tal dignidade. Não cabendo a ele, Direito, outro papel que não seja o de declará-la. Não propriamente o de constituí-la, porque a constitutividade em si já está no humano em nós.



Esses bens difusos não se enquadram na clássica conceituação do Código Civil porque esta lei regula o pertencimento a partir do corpóreo, sendo esta a base de conceituação da expressão “coisa” no direito das coisas.

Deveria ele compor o direito das coisas, mas mesmo com a reforma do Código Civil em 2002, o Estado, grande guardião e gestor dos bens difusos ainda se mostra refratário à tutela das novas formas de pertencimento. Há uma tendência natural de manter afastado do código toda propriedade que não seja corpórea e que não seja dotada de valor econômico, tal como se deu com a propriedade intelectual e com o direito ambiental que ainda são regulados em legislação extravagante. Já está na hora do Direito de Propriedade contemplar outras formas de titularidade.

3 A CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE A TITULARIDADE PRIVADA E A TITULARIDADE DE DIREITOS DIFUSOS

Tão importante quanto saber o que pode ser apreendido é saber quem pode apreender, além da finalidade a ser alcançada com o que se apreende.

Isso nos leva a observar que não há uma única forma de titularidade de pessoas sobre bens jurídicos ao longo da história, o que permite alargar o olhar do observador contemporâneo para as novas possibilidades trazidas pela era contemporânea como marca de nosso tempo, embora amplamente espelhado no passado. Diz Ricardo Aronne (2001, p. 12) que a disciplina da pertença por via das titularidades, modelo do Código Civil de 1916, propiciando a acumulação ilimitada de riqueza foi refundida pelo Estado Social. Diz ele que “as titularidades estão em uma nova dimensão, contraposta ao direito privado codificado de outrora, cujos conceitos não dão conta e os fins não se justapõem.”

Explica Perlingieri (2008, p. 719) que aquilo que distingue a titularidade formal da substancial é a quantidade de poder que um determinado sujeito tem. Nesse sentido, um sujeito pode ter a titularidade formal enquanto o conjunto de poderes e faculdades que constituem o seu conteúdo é atribuído a outros, ou mesmo é excluído por lei.



É a partir disso que é possível observar os efeitos da dupla titularidade sobre um bem na atualidade, explicando a situação de co-titularidade distinta daquela classicamente prevista no Código Civil, aquela que exprime o perfil estrutural da ligação entre uma pluralidade de sujeitos e um interesse, como descreve Pietro Perlingieri (2008, p. 723).

Para o direito civil brasileiro não é estranho o exercício de dois direitos sobre o mesmo objeto, especialmente no direito das coisas. É possível, por exemplo, que sobre uma casa consolide-se dois direitos, como uma propriedade e uma hipoteca, ou uma propriedade e um usufruto. Também no direito de superfície tem-se a convivência entre duas titularidades individuais, consolidando-se duas relações autônomas de pertencimento sobre a mesma coisa.

A característica marcante aqui é que são dois direitos individuais que convivem harmoniosamente, enquanto o que ora se propõe neste estudo é a visualização da possibilidade de convivência de um direito de titularidade individual paralelo a um direito de titularidade difusa, a exemplo do que ocorre com as obras de arte, os documentos históricos ou as obras literárias, os quais compõem o patrimônio privado, mas resguardam um valor paralelo para a sociedade.

Tem-se assim, o patrimônio individual, cuja titularidade é exclusiva, e regulada pelo direito civil, ao lado do direito difuso, cuja titularidade é difusa. Os bens difusos compõem um patrimônio, cuja peculiaridade é não poder ser objeto do tráfico jurídico.

Tomemos por exemplo o bem difuso denominado literatura de cordel. Embora seja possível ver o livro, que é corpóreo, pode-se sentir, mas não visualizar a arte que ele resguarda. O livro de cordel é o bem corpóreo, mas a literatura de cordel é um bem difuso a ele subjacente. No mesmo sentido, a renda de bilro produzida por artesãs nordestinas traz a linha como bem corpóreo e a arte da renda, enquanto técnica, como bem difuso. O idioma é um bem autônomo em relação aos sons emitidos por uma pessoa, o frevo é um bem autônomo em relação ao dançarino, assim como o "repente" é um bem autônomo em relação ao cantor.



Isso possibilita a criação de um *tertium genus*, o direito difuso que redimensiona a estrutura clássica da titularidade sobre bens. Esse terceiro gênero não está isolado em relação dos demais, ao contrário, promove uma integração do sistema jurídico

É por isso que é possível afirmar que é possível a harmonização dos direitos advindos das duas titularidades. Torna-se interessante ver como o exercício do direito ao bem comum está umbilicalmente ligado ao compartilhamento. Enquanto o bem corpóreo, de propriedade material, precisa ser guardado, registrado e experimentado individualmente, o bem comum precisa ser compartilhado, e receber possibilidade de amplo acesso. A titularidade da coisa individual serve a um, a titularidade da coisa comum serve a todos, indistintamente. Utilizando-se das palavras de Carlos Ayres Brito (2010:21), é a prevalência do “reino” sobre o “rei”.

O principal campo de impacto dos bens difusos está no direito privado, pois nasce no texto constitucional, mas não se adequa à qualificação dos bens proposta pelo código civil, pois nele não encontra seu *locus* para uma conceituação metodológica. Ao mesmo tempo que está ligado à tutela do pertencimento, o bem difuso, por não ser corpóreo está afastado da regulação normativa do direito das coisas. A interlocução com o direito de propriedade surge para propor a este um novo conteúdo. É o que Fachin (2008:15) denomina de ressignificação de balizas linguísticas, reescrevendo os limites e possibilidades emancipatórias do próprio Direito.

Trata-se de propor uma harmonização entre o direito civil e direito constitucional, redefinindo seus fundamentos e as extensões dos institutos, adequando técnicas e conceitos tradicionais, renovando tal ramo do direito e proporcionando uma teoria da interpretação condizente com a legalidade constitucional. Para Fachin (2008: 12), o direito civil-constitucional evidencia, desde logo, três superações: “a do monismo das fontes, a da rigidez literal da hermenêutica, e a da significação monolítica de institutos e figuras jurídicas fundantes da radiografia das relações sociais, como contrato, família e propriedade.



No fim, a ponderação se fará sempre presente a fim de determinar as escolhas históricas, culturais e jurídicas. Seguindo o pensamento de Ricardo Aronne (2014: 121): “O conceito de propriedade a emergir do sistema, assim como se verifica no domínio, há de conter a necessária abertura para tratar as tantas espécies que o instituto compreende e que não podem ficar a descoberto do Direito.”

A apropriação individual de um bem que traz subjacente um direito difuso, garantida pelo direito de propriedade, traz um crédito para o titular da coisa, mas também lhe traz uma obrigação passiva universal, redimensionando os sujeitos da relação jurídica quando comparado ao modelo da propriedade individual.

4 A SOCIEDADE COMO SUJEITO DE DIREITO NAS RELAÇÕES JURÍDICAS QUE ENVOLVEM DIREITOS DIFUSOS

O paradigma da complexidade desafia o direito a ir além dos clássicos sujeitos de direito. Aliás, tal categoria se mostra insuficiente para o correto tratamento legal da tutela dos direitos difusos. Quando o princípio da função social passou a conformar os direitos individuais, “sublinhou a existência de deveres jurídicos mesmo no âmbito de situações jurídicas classicamente vistas como ativas, a justificar a referência à complexidade” (Souza: 2015: 8) Como bem acentua Pietro Barcellona (1996, p. 81), quanto mais complexo o sistema mais diferenciado ele é, “capaz de hacer frente al máximo nível de indeterminación de las posibilidades presentes en el ambiente”.

Por ser o conceito de sujeito de direito mais amplo que o conceito de pessoa, seu conteúdo tem trazido cada vez mais possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. Acrescenta-se por força constitucional mais um sujeito de direito não personificado ao rol já estabelecido no ordenamento jurídico, ao lado de entes como o nascituro, o espólio, o condomínio ou as gerações futuras.

É a doutrina de Alf Ross quem nos chama a atenção para o fato de que o conceito de direito subjetivo deve partir de uma correta adequação da relação jurídica que se busca considerar, e não somente a tutela de uma vontade ou de um interesse.

A titularidade individualista tradicionalmente foi a tônica do direito civil e do processo civil. Neste último diploma legal, o titular da ação é sempre o titular individualizado do direito. Isso se dá porque os processualistas trabalharam o processo, e não o direito material, porque não imaginam como o sujeito da ação pode não ser o titular exclusivo do direito.

Toda a base teórica que legitima a titularidade processual em relação a um direito material nasce a partir da construção da concepção jurídica de sujeito de direito e de direito subjetivo.

“O caminho até aqui traçado, enfim, chega ao ponto em que todos esses pressupostos históricos e teóricos indicados cristalizaram-se no ordenamento jurídico e no sistema de direito privado que se consolidou após a Revolução Francesa e deram azo a uma nova concepção da pessoa como sujeito de direito” (Machado, 2016, p. 12)

É a partir desta ótica que para os processualistas tornou-se difícil a compreensão de um sujeito de direito que não possa compor um dos polos do processo pela sua natureza fluida, indeterminada, invisível. Esse modelo foge do liberal burguês da era moderna. No processo judicial envolvendo uma titularidade difusa a dificuldade estaria numa suposta ausência de contraditório, por não haver no processo um sujeito identificado que sofrerá as consequências da norma aplicada na sentença.

Toda dificuldade está na recusa em perceber que o parâmetro da complexidade desafia o direito a ir além dos clássicos sujeitos de direito. Essa titularidade difusa traz um sujeito de direito diferente, não personalizado, a sociedade, sem uma face identificada de imediato, mas que pode ser “presentada” por cada cidadão que busca a tutela jurídica para a proteção do que lhe pertence em comum com as demais pessoas que a compõem.

Por ter sido criada para tutelar um direito individual da pessoa, a categoria denominada “direito subjetivo” se mostra insuficiente para tutelar adequadamente um



direito que ultrapasse esse círculo de exclusividade. E é a limitação conceitual dessa categoria que impede os processualistas clássicos de reconhecer a jurisdicização dos interesses difusos, e por isso chamando-os de interesses e não de direitos. As titularidades de direitos difusos demarcam um novo sujeito de direito, a sociedade, mas não demarcam um direito subjetivo.

Neste estudo, a sociedade é tratada como um sujeito *sui generis*, não personificado, convivendo com o sujeito individualizado, como bem demonstra Pontes de Miranda (2013:17): “Existem uma memória, uma atenção, uma logica e um ideal collectivos, como há na sociedade um organismo sui-generis, e existem, outrossim, memória, atenção e logica individuaes, constituindo o eu, ou o que, sob o senso moderno da expressão, chamamos espirito.”

Esse enfoque é fundamental para se compreender a titularidade de cada cidadão e a sua legitimidade de agir em razão de um direito difuso positivado. Não se trata aqui de considerar a sociedade um ente que é representado pelo cidadão, o correto é visualizar que cada cidadão é o titular direto sobre a coisa comum. Há uma individualidade jurídica do próprio direito que é comum.

Não deve existir dificuldade em perceber que o cidadão não age como representante, tal qual se dá com o Ministério Público. O cidadão “presenta” a sociedade quando age na defesa dos direitos em que esta seja titular, fundando-se aí a sua legitimidade processual. A limitação trazida pela tutela dos direitos coletivos, em sentido amplo, está no fato de que trata de uma coletividade sem face, mas identificado como o “interesse coletivo” (o mercado, por exemplo, é uma coletividade sem face).

A posição de co-titularidade não é estranha ao direito. Nos direitos reais, tem-se o exemplo do condomínio, onde todos os titulares tem um direito pleno sobre a coisa comum (indivisa), inclusive com interesse de agir processualmente na defesa do direito comum, com benefícios que irão beneficiar a todos, ainda que os demais não participem do litígio. Não se fraciona o direito, que é exercido em sua plenitude por cada titular.



A diferença entre a co-titularidade no direito real e no direito difuso é a possibilidade de determinação da quantidade de titulares no primeiro caso, o que não é possível no segundo. Contudo, esse é um limite imposto apenas pela visão individualista do direito, o que pode ser removido diante da perspectiva de um direito difuso que remodela os conceitos jurídicos elementares historicamente impostos ao pertencimento.

A clássica visão da composição processual, criada para um modelo onde só os direitos individuais eram tutelados, estabelecendo posições pré-determinadas para autor e réu, concebidos apenas como sujeitos individuais, é que precisa ser adaptada para a correta proteção do direito material, especialmente quando sua origem é constitucional.

Agora, com a consagração de direitos difusos, a sociedade passa a ser titular de direitos, transferindo-se para o polo ativo da relação jurídica na qualidade de credor da obrigação jurídica cujo sujeito passivo é o indivíduo cujo dever é preservar o bem comum de titularidade daquele, inaugurando uma situação subjetiva complexa ainda não experimentada em ordenamentos anteriores.

O futuro do direito privado depende do diálogo que se permita estabelecer com outros ramos do direito, especialmente os de natureza transdisciplinar. Há muito o direito civil busca comunicar-se com outros ramos do direito, fruto do fenômeno da constitucionalização do direito, e os direitos difusos aceitam e impõem este diálogo.

REFERÊNCIAS

ARONNE, Ricardo. **Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados**. São Paulo: Renovar, 2001.

_____. **Propriedade e Domínio: a teoria da autonomia. Titularidades e Direitos Reais nos Fractais do Direito Civil-Constitucional**. Livraria do Advogado : Porto Alegre, 2014.

CORTIANO Jr. Eroulths. **A Propriedade Privada na Constituição Federal**. Revista Brasileira de Direito Civil. Vol. 2. out-dez. Rio de Janeiro, 2014.

BARCELONA, Pietro. **El Individualismo Propietario**. Madri: Trotta, 1996.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como Categoria Constitucional**. Fórum: Belo Horizonte, 2010.



FACHIN, Luiz Edson. **A Construção do Direito Privado Contemporâneo na Experiência Crítico-Doutrinária Brasileira a Partir do Catálogo Mínimo para o Direito Civil-Constitucional no Brasil.** *In* Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. Atlas : São Paulo, 2008.

FERRAZ Jr. Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação.** Atlas: São Paulo, 2003.

MACHADO, Diego Carvalho. Do Sujeito de Direito à Pessoa Humana: reflexões sobre subjetividade jurídica, teoria do direito civil e tutela da pessoa. **RJLB.** Ano 2. n. 4. 2016.

MIRANDA, Pontes de._____. À Margem do Direito. **Civilistica.com.** Rio de Janeiro, a 2, n 4, out-dez/2013. Disponível em: <http://civilistica.com/a-margem-do-direito-estudo-de-psicologia-juridica/>. Acesso em 20/10/2016.

MORIN, Edgar.**Por uma Reforma do Pensamento.** *In* O Pensar Complexo: Edgar Morin e a crise da modernidade. Pena-Vega, Afredo; Nascimento, Elimar Pinheiro do. (orgs.). Garamond : Rio de Janeiro, 1999.

SILVA, José Robson da. **Paradigma Biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental.** Rio de Janeiro:Renovar, 2002.

VALLAURI, Luigi Lombardi. **Beni Comuni e Beni non Esclusivi.** La Società dei Beni Comuni: uma rassegna. Paolo Cacciari (org.). Roma, 1995.

HARDT, Michael; Negri, Antonio. **Comune: oltreilprivato e ilpubblico.**Rizzoli. Milano, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil Constitucional: introdução ao direito civil-constitucional.** 3ed. Renovar: Rio de Janeiro, 1997.

RODOTÀ, Stefano. **Il TerribileDiritto: studisullaproprietàprivata e i benicomuni.** 3 ed. Il Mulino: Bologna, 2013.

.....



MULTIPARENTALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO:

OS EFEITOS DA REPERCUSSÃO GERAL 622 NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS

Ana Caroline Alves Leitão¹

Maria Rita de Holanda Silva Oliveira²

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo destina-se a uma análise das decisões dos Tribunais brasileiros acerca da tese de Repercussão Geral 622 do Superior Tribunal Federal (STF), que admite o reconhecimento da denominada *multiparentalidade* em nosso ordenamento jurídico.

A *Multiparentalidade* foi firmada pelo STF em 22 de setembro de 2016, que, ao julgar conflito entre a paternidade socioafetiva e a paternidade biológica, no Recurso Extraordinário 898.060, fixou a seguinte tese de Repercussão Geral: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em Registro Público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com efeitos jurídicos próprios”.

A doutrina Brasileira já vinha debatendo acerca da impossibilidade de sobreposição de um tipo de paternidade a outro, em tese. Para os seus defensores, a tese confirma o novo paradigma do direito de família com base na afetividade, como fonte promissora dos genuínos laços parentais, sem, contudo, eximir de responsabilidade aquele que é responsável biológico pela existência da prole, ressaltando-se, assim, a parentalidade responsável.

¹ Bacharelanda em Direito e pesquisadora de iniciação científica (PIBIC) na Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP).

² Doutora em Direito Privado pela UFPE; Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP; Professora do Curso de Direito da Universidade Católica de Pernambuco; Presidente do IBDFAM/PE; Advogada.



Acerca da questão, João Baptista Villela se refere a paternidade enquanto um fato cultural e não da natureza, mas ressalta que dizer que a paternidade é consequência de vínculos afetivos não exime de responsabilidade civil o genitor biológico. (VILLELA, 1972, p. 400-417)

Visando observar a efetividade da tese nas diversas interpretações para a sua aplicabilidade, este trabalho visa identificar, em decisões judiciais, os efeitos da mesma e os fundamentos que envolvem a possibilidade de superveniência de genitor biológico quando a paternidade socioafetiva já fora firmada.

Inafastável o uso da metodologia civil-constitucional, que promove uma importante intersecção entre os estudos do direito civil e do direito constitucional, considerando-se que, o lastro da tese da multiparentalidade está na aplicação dos Princípios, implícitos e explícitos, da Carta Política de 1988 nas relações particulares, quais sejam, a afetividade, a parentalidade responsável, a isonomia entre os filhos de qualquer origem, o melhor interesse da criança, o direito personalíssimo ao conhecimento genético de sua ascendência e a dignidade da pessoa humana.

Paulo Lôbo ressalta que o estudo civil-constitucional, versa sobre a “afirmação das garantias de efetivação dos direitos fundamentais nas relações privadas”, portanto, a ótica adotada para análise crítica da questão tende a ser necessariamente esta, que objetiva elucidar a aplicação imediata do arcabouço principiológico da Magna Carta nas relações entre os particulares. (LÔBO, 2013, p.1)

O conhecimento acerca da postura jurisprudencial dos Tribunais frente a multiparentalidade é de suma importância para a comunidade jurídica, no que tange a possibilidade do indivíduo vir a ter reconhecida, com amplitude e calcado na verdade real, toda a sua ascendência e, ainda, fazer incidir todas as implicações decorrentes destas, como os possíveis efeitos sucessórios e a retificação do registro, a despeito do que versa o Código Civil vigente, que por sua vez postula que *ninguém poderá vindicar verdade contrária à que consta no registro, salvo as hipóteses de erro ou falsidade*; além disso e de forma transversal há a análise da possibilidade do exercício do ativismo judicial que



reveste a tese, tendo em vista que a viabilidade do reconhecimento da multiparentalidade não advém do Poder Legislativo, que é o detentor da competência típica de criar as normas, mas sim, do Poder Judiciário, levantando questionamentos acerca dos limites da justiça quanto a decisões ativistas, embasadas na aplicabilidade imediata das normas constitucionais. Acerca da questão, Lênio Streck faz uma crítica contundente ao ativismo judicial que, ao seu entender, mesmo quando oferece a resposta jurídica correta, apenas por ser ativista, está errada na sua formulação, pois sobrepõe princípios fofos-líquidos-ducteis a uma regra jurídica votada pelo Parlamento (STRECK, 2016, p. 3-4).

Como resultado, busca-se elucidar os questionamentos levantados acerca dos efeitos da tese do STF com o fim de trazer a tona as interpretações de nossos Tribunais, e a partir dos resultados coletados, traçar conclusões críticas quanto a existência ou não de nova “categoria” de parentalidade em nosso Ordenamento Jurídico, ou se estamos diante apenas de uma possibilidade concreta de proteção de ambos os vínculos, simultaneamente.

2 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DO PARENTESCO

2.1 ANÁLISE ANTROPOLÓGICA

Atualmente, sob a ótica do antropologista Claude Levi-Strauss, vivemos sob a égide de uma estrutura complexa de parentesco, o que implica dizer que existe certo grau de liberdade de escolha sobre a pessoa do cônjuge, em contraponto à estrutura elementar, na qual o cônjuge advinha de uma determinação quase automática, pois prescrevia o casamento com um certo tipo de parente. Essa liberdade atual converge de toda uma marcha antropológica na qual, os laços de parentesco se revestem de maior liberdade em sua constituição, limitando-se, na estrutura complexa, ao não incesto.

Para a compreensão de como se dá o desenvolvimento das relações de parentesco, faz-se mister entender o homem sobre dois aspectos: natureza e cultura, dado que “O homem é um ser biológico ao mesmo tempo que um indivíduo social” (CLAUDE LEVI-



STRAUSS, 1982, p.41). As reações humanas às excitações exteriores ou interiores dependem da sua condição cultural ou de sua natureza, o que não implica dizer que será facilmente detectável identificar os liames de um e de outro, pois a resposta pode constituir ainda o fruto da integração entre a condição biológica e social do indivíduo.

Nesta esteira, dada a impossibilidade de distinguir no homem onde termina a natureza e começa a cultura, a ciência antropológica volta suas atenções ao mundo animal, e na observância deste chega a uma conclusão: falta constância no comportamento, não há regra; Assim, em todo local no qual se manifeste uma regra, tem-se a presença da cultura, no entanto, a natureza, em sua falta de regramento, é marcada pela universalidade, ou seja, tudo aquilo que é comum a todos, é natural, assim, seria a proibição do incesto – contorno atual das relações de parentesco – fato natural e cultural, dado que, é uma regra comum a todos os grupos sociais, tanto que, em meio a diversidade de permissões e proibições no âmbito do casamento, em grupos diferentes, um fato é comum a todos: não há grupos nos quais nenhum tipo de casamento seja proibido, portanto, nas palavras de Claude Levi-Strauss (1982, p. 530): “todo casamento é pois um encontro dramático entre a natureza e a cultura, entre a aliança e o parentesco”.

Os primeiros passos dados em sentido contrário ao incesto se deram concorrentemente com a construção da biparentalidade, dado que, as relações sexuais, no estado primitivo, aconteciam entre todos os indivíduos que integravam a tribo, só podendo, portanto, ser reconhecida a maternidade, por seus sinais inerentes (gravidez e parto), ocasionando laços de parentesco unilaterais, no entanto, esta organização matriarcal não se manteve, conforme postula Maria Rita de Holanda (2015, p.7):

Posteriormente, as guerras, a carência de mulheres e talvez uma inclinação natural, levaram os homens a procurarem mulheres de outras tribos, antes do que em seu próprio grupo. Esta seria uma primeira manifestação contra o incesto no meio social (exogamia). Nesse sentido, o homem marcha para relações individuais, com caráter de exclusividade, na maioria das civilizações que mantinham o caráter de poligamia, como algumas até a presente data. A monogamia então, enquanto vetor de organização social desempenhou um papel de impulso social em benefício da prole, ensejando o exercício do poder paterno, e conseqüentemente ampliando-se o caráter unilateral do parentesco da filiação, legitimando a **biparentalidade**. [...] A evolução sociológica acima resgatada da construção das concepções parentais na filiação apontam para a necessidade da biparentalidade, como o mínimo à estabilidade existencial, ou seja, o ser humano estaria mais



completamente inserido e apto ao seu desenvolvimento, se sob os cuidados de pelo menos duas pessoas.

2.2 O PARENTESCO NA ANTIGUIDADE

A norma constitutiva da família antiga foi a religião. O lastro da família não estava na geração, tanto que o filho emancipado e a filha casada deixavam de integrar a família, mas o filho adotado que integrasse o culto tornava-se filho verdadeiro; tampouco no afeto, pois, por mais que um pai amasse sua filha, ela não poderia receber seus bens. Assim, seria o princípio constitutivo da família a religião, nas palavras de Fustel de Coulanges (1998, p. 34): "O que uniu os membros da família antiga foi algo mais poderoso que o nascimento, o sentimento ou a força física: na religião do fogo sagrado e dos antepassados se encontra esse poder".

Cada pessoa poderia cultuar apenas um fogo sagrado, deixando a mulher, quando do casamento, e o filho adotado, o culto e os deuses de sua família para cultuar o fogo sagrado e os deuses do marido, no caso da mulher, e do adotante, no caso do filho adotado, rompendo todos os laços com o culto anterior e estabelecendo novos laços com o novo culto, sendo estes seus novos ancestrais a quem prestava homenagens fúnebres, portanto, o vínculo de parentesco do nascimento era quebrado em detrimento do vínculo do culto que o substituía.

O parentesco, segundo Platão, seria a comunidade dos mesmos deuses domésticos (Leis, V, p. 729). Portanto, a religião doméstica era a encarregada de constituir o parentesco. Ademais, o direito de prestar culto ao fogo sagrado e ofertar sacrifícios aos antepassados passava apenas de homem para homem, logo não se poderia ser parente através da mulher, pois esta não transmitia nem a vida nem o culto, pertencendo o filho unicamente ao pai e não tendo este nenhuma relação com a família materna, pois a mulher rompia os laços de parentesco quando do casamento. Dessa forma, o parentesco se reconhece pelo direito de oferecer sacrifícios ao mesmo antepassado comum, não admitindo parentesco pelas mulheres.



3 O PARENTESCO DE FILIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO – MUDANÇAS CONTEXTUALIZADAS

Até a configuração atual, a família sofreu e vem sofrendo grandes transformações, sendo a mais recente a quebra da estrutura patriarcal e a imersão de um novo paradigma, qual seja, a afetividade, que constitui potencial gerador de laços de parentesco na atualidade. Outra grande mudança é que, com o advento do Estado social, a preocupação com o direito das famílias adentra na perspectiva constitucional, o que justifica a aplicação dos princípios da Magna Carta de 1988 nas relações entre os particulares incluídos no seio familiar. Acerca da matéria, Paulo Lobo versa que:

O estado social, consolidado no século XX, caracterizou-se pela intervenção nas relações privadas e no controle dos poderes econômicos, tendo por fito a proteção dos mais fracos. Sua nota dominante é a solidariedade social ou a promoção da justiça social. [...] Se for verdade que entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta, a Constituição do Estado social de 1988 foi a que mais interveio nas relações familiares e a que mais as libertou (LOBO, 2017, p.31)

3.1 DOS PRINCÍPIOS

Conforme o Estado volta sua atenção a entidade familiar, por conseguinte, ocorre o fenômeno da constitucionalização das relações privadas, tendo como um de seus efeitos a aplicação dos princípios, implícitos e explícitos, da Carta Política de 1988 nas relações entre os particulares. É na interpretação e aplicação de tais princípios que reside o “aval” do poder judiciário de extrapolar os limites de sua função típica e postular possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro, diante do silêncio da legislação, tal qual a multiparentalidade. Portanto, faz-se mister um breve aparato dos princípios norteadores dos direitos da família.

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana na família, Paulo Lobo ressalta o seu caráter intersubjetivo e relacional, destacando o dever de respeito, assim, a família atual pode ser vista como um *locus* de realização existencial de cada um de seus membros e de espaço preferencial de afirmação, não se tratando, portanto, de um direito oponível



apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família (LÔBO, 2017, 53-55).

O princípio da Solidariedade familiar versa acerca da responsabilidade dos poderes públicos, da sociedade e de cada um dos seus membros, pela existência social de cada indivíduo e do grupo. Tal princípio se encontra revelado na Carta Política de 1988, no capítulo destinado à família, quando esta postula que é dever do estado, da sociedade e da família a proteção ao grupo familiar, mais especificamente no que tange à assistência moral e material e se desenvolve no âmbito do direito de família nos estudos tocantes à valoração jurídica do cuidado em torno da criança e do adolescente, enquanto sujeito de direito primordial.

O princípio da igualdade desemboca na igualdade entre os cônjuges, entre os filhos de qualquer origem e entre as entidades familiares. A constituição, em seu artigo 226, protege a família, sem restrições, fazendo desaparecer a legitimidade enquanto categoria jurídica, pois esta apenas existia enquanto ferramenta de discriminação. Cumpre ressaltar que, a igualdade se formal se distingue da igualdade material, considerando-se que a primeira desconsidera as diferenças inerentes a cada indivíduo, ao passo em que a segunda trata de isonomia, ou seja, propõe uma espécie de compensação no tratamento legislativo em observância a desigualdade material de cada um, proporcionando assim, uma tutela materialmente igual.

O princípio da Responsabilidade familiar não se confunde com responsabilidade civil, pois que este restringe-se a uma consequência por atos do passado, enquanto que a responsabilidade familiar é muito mais abrangente, pois engloba promoção dos demais integrantes da entidade familiar e desemboca na realização de atos que assegurem as condições de vida digna das atuais e futuras gerações. A responsabilidade familiar atribui deveres jurídicos recíprocos aos integrantes da família, ainda que estes não mantenham entre si vínculo afetivo. Segundo Kant, na *Fundamentação da metafísica dos costumes*, citado por Paulo Lôbo (2017, p.65), o amor enquanto inclinação não pode ser ordenado, mas o benfazer por dever pode, portanto, pai e filho podem não nutrir afeto real entre si,



mas ambos possuem deveres jurídicos um para com o outro. Cumpre registrar ainda que a responsabilidade por alimentos advém da relação de família ou de parentesco.

O Princípio da convivência familiar se refere a verdade real das atuais configurações familiares, calcado na socioafetividade, pois postula acerca da relação afetiva das pessoas que compõe o lar, tendo elas laços de parentesco entre si ou não. Há aqui uma promoção implícita de que a convivência seja um dever, posto que presume-se como mais benéfica à formação de personalidade de seus membros, mas tal presunção é *juris tantum*, na medida em que admite prova em contrário que justifique a determinação de seu afastamento.

Princípio do melhor interesse da criança é o princípio mais citado no que tange as decisões referentes a multiparentalidade. Tal princípio prioriza o que as atuais configurações sociais definem como melhor interesse da criança e do adolescente, frente a sociedade, ao Estado e os demais integrantes da entidade familiar, constituindo, nas palavras de Luiz Edson Fachin “critério significativo na decisão e na aplicação da lei” (1996, p.125). Aqui não se trata de interesse meramente material mas de um conjunto de fatores que venham a auxiliá-lo em seu desenvolvimento, entre as quais a própria disponibilidade à convivência familiar, por exemplo.

O Princípio da afetividade é “o que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida” (LOBO, 2017, p. 68). Em que pesem as discordâncias quanto a classificação da *afetividade* enquanto Princípio, para os teóricos da socioafetividade, esta possui um sentido próprio que se afasta do sentido anímico do afeto e portanto torna-se Princípio, enquanto dever, que regula o atual paradigma da família, ressaltando a sua natureza cultural e não apenas biológica. Nas palavras da sabedoria popular: “pai é quem cria”, assim sendo, é a afetividade principal fonte geradora de genuínos laços de parentesco.



3.2 TIPOLOGIA DO PARENTESCO A PARTIR DOS PRESSUPOSTOS FÁTICOS E LEGAIS

3.2.1 CRITÉRIO BIOLÓGICO

A parentalidade a partir do critério biológico diz respeito a pessoas que descendem umas das outras, ou tem ascendência comum, na consanguinidade ou na genética. Segundo Maria Berenice Dias: "O estabelecimento dos elos de parentesco sempre tem origem em um ascendente: pessoa que dá origem a outra pessoa. Descendentes são os parentes que se originam a partir da filiação"(2015, p. 380). Havendo desconstituição do estado de filiação registral, pela Adoção, por exemplo, o parentesco biológico, juridicamente será extinto, mantendo-se apenas para fins de impedimentos matrimoniais. Registre-se, aliás, que a Adoção é forma de extinção do Poder Familiar, ao lado de outras formas.

A perda do poder familiar pela destituição, por si só, não extingue o parentesco original, mas tão somente interrompe a convivência familiar, mantendo-se os pais destituídos obrigados pelo sustento material do filho.

3.2.2 CRITÉRIO SOCIOAFETIVO

O critério socioafetivo deriva do princípio da afetividade e advém da identidade cultural ou socioafetiva da pessoa, sendo esta fruto da convivência pessoal, familiar e social. Portanto, se na vida cotidiana as funções inerentes a paternidade e maternidade são desempenhadas por determinada pessoa, gerando os mais genuínos vínculos de familiaridade, através do amor, atenção, educação e todas as outras manifestas expressões de paternidade/maternidade, este alguém constitui a verdadeira figura paterna/materna, independentemente da coexistência ou não do vínculo biológico.

Em classificação inicial, poderia advir da denominada posse de estado de filiação, da adoção à Brasileira e da Adoção propriamente dita, além da filiação presuntiva pela inseminação heteróloga.



O Registro civil da filiação, portanto, pode trazer uma verdade própria e cultural, desarticulada de uma verdade real biológica, e seus efeitos seriam os mesmos.

2.2.3 CRITÉRIO LEGAL-PRESUNTIVO

Diante da impossibilidade de aferição do critério biológico de paternidade, a legislação trouxe presunções legais de parentalidade. Paulo Lobo (2017, p.214) elenca com precisão as atuais presunções legais de concepção dos filhos, são elas: presunção *pater is est quem nuptia demonstrant*, *mater semper certa est*, *exceptio pluriun concunbentium*; e as presunções previstas expressamente no Código Civil; e ainda, as presunções decorrentes de manipulação genética.

O que se observa, portanto, é que a filiação presuntiva que gerará o registro civil em razão da conjugalidade, comporta uma origem biológica ou socioafetiva.

4 MULTIPARENTALIDADE

4.1 CONCEITO

A *multiparentalidade* refere-se à possibilidade de romper com o paradigma da biparentalidade na filiação, podendo a prole contar com mais de 02(duas) pessoas. Diante da possibilidade do vínculo de parentesco advir tanto da origem biológica quanto do vínculo socioafetivo, eis que, frente a possibilidade da caracterização dos dois vínculos sobre um só indivíduo, urge o conceito de multiparentalidade, o qual, sem sobrepujar uma paternidade à outra, cumula o reconhecimento de ambas.

Nas palavras de Marcus Catalan (2012, p.3) a discussão acerca da multiparentalidade tangencia:

- (a) o movimento incessante de construção e de destruição dos laços afetivos nas famílias recompostas (TEIXEIRA, RODRIGUES, 2010, p. 97);
- (b) a utilização de material genético de alguém como matéria-prima na fecundação de um novo ser (GIORGIS, 2007, p. 5860);
- (c) a adoção não destruidora do passado;
- (d) a gestação de substituição ou, ainda, (e) a história dos núcleos de poliamor. Transitam, ainda, considerando a complexidade do problema e o fato de que as famílias se



reinventam a todo o tempo, assumindo conformações nas quais poderá haver (a) apenas duas mães (TJRS. Ap. Cív. 70013801592) ou (b) dois pais, (c) duas mães e um pai⁵, (d) dois pais e uma mãe, (e) duas mães e dois pais⁶, (f) três mães e dois pais (FONTELES, 1987, p. 13) etc., vivendo (ou não) em harmonia.

4.2 A TESE DE REPERCUSSÃO GERAL 622 DO STF

Em 21 de setembro de 2016 o STF julgou o recurso extraordinário RE 898.060 SC, escolhido como *leading case* da Repercussão Geral 622, na qual, a parte autora é filha biológica do recorrente, ao passo em que possui pai socioafetivo, tendo este registrado a autora e desempenhado o papel de pai por mais de 20 anos.

Diante dessa situação, o acórdão de origem reconheceu a multiparentalidade em relação a autora, e lhes conferiu todos os efeitos jurídicos, inclusive os patrimoniais. Insatisfeito, o pai biológico recorre, afirmando, em suma, que, a existência de paternidade socioafetiva já estabelecida impede o reconhecimento da superveniente paternidade biológica e, por conseguinte, de seus efeitos patrimoniais decorrentes, invocando, portanto o critério de exclusão. Com efeito, foi declarado improcedente o recurso e fixada a tese de repercussão geral 622.

4.3 JURISPRUDÊNCIA

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), existem 3(três) decisões que discutem a aplicação da Tese da Multiparentalidade fixada pelo STF, sendo cada uma delas alvo de análise neste trabalho.

No Recurso Especial 1622330 RS³, tem-se uma ação de investigação de paternidade cumulada com anulação de registro civil, na qual, a paternidade socioafetiva do pai registral foi cabalmente comprovada. A autora foi registrada pelo pai socioafetivo aos 2(dois) anos de idade e foi criada como se filha fosse. Quando a autora tinha 6(seis) anos

³ (STJ - REsp: 1622330 RS 2013/0004282-2, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Publicação: DJ 07/08/2017)



de idade, sua genitora se separou do pai socioafetivo, mesmo assim, ele manteve o vínculo de paternidade, com pagamento de pensão e direito de visita e vínculo afetivo com os pais do pai socioafetivo, os quais reconhece enquanto avós paternos.

Quanto ao pai biológico, a autora descobriu aos 35 (trinta e cinco) anos sobre sua ascendência genética, tendo tentado entrar em contato com seu pai biológico, e este, por sua vez, respondeu hostilmente, deixando claro que não queria contato. O pai biológico faleceu no curso do processo.

Diante da prova através de exame de DNA que a autora realmente é filha biológica do demandado, o STJ deu provimento ao reconhecimento da multiparentalidade.

Recurso especial nº 1618230 SP⁴ trata de uma ação de investigação de paternidade com fulcro meramente patrimonial. O autor, aos 61 anos de idade, e já sabendo a verdade sobre sua ascendência genética há 27 anos, propôs ação de reconhecimento de paternidade biológica em detrimento do espólio do falecido pai biológico, mesmo já tendo inclusive desfrutado de herança do pai socioafetivo. O STJ deu provimento e declarou a multiparentalidade.

Recurso Especial nº 1116751 SP⁵ versa sobre a ação de reconhecimento de filiação biológica de duas netas em detrimento do espólio da avó paterna. Ambas foram adotadas, na modalidade simples, através de escritura pública, pelo segundo marido da genitora. O STJ não deu provimento ao recurso, e declarou que não cabe a multiparentalidade com o reconhecimento superveniente de paternidade biológica nos casos de adoção, pois o instituto rompe os vínculos com a família de origem, permanecendo apenas os impedimentos matrimoniais. O equívoco interpretativo, ao nosso ver, está em considerar rompidos os laços iniciais, quando a adoção foi na modalidade SIMPLES.

⁴ (STJ - REsp: 1618230 RS 2016/0204124-4, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 28/03/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/05/2017)

⁵ (STJ - REsp: 1116751 SP 2009/0007040-0, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 27/09/2016, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/11/2016)



Diante da análise jurisprudencial, ainda escassa, no âmbito do STJ, permite-se inferir que as demandas em nada ressaltam os princípios que as lastrearam, qual seja, parentalidade responsável, solidariedade, entre outros, dado que são demandas meramente patrimoniais, que não visam, sobremaneira, o reconhecimento de duas paternidades e sim, o reconhecimento de um ascendente biológico capaz de auferir herança. Ademais, tratam-se de pessoas adultas e alguns demandados pais biológicos já eram falecidos no tempo da decisão, não cabendo portanto, o questionamento acerca da quebra paradigmática da biparentalidade, pois em nada foi modificado o exercício do poder parental. Assim, a multiparentalidade atuou em tais demandas apenas como um instrumento de distribuição de renda.

4.4 PROBLEMAS DECORRENTES

Um dos aspectos mais polêmicos referentes à tese da multiparentalidade é a desconsideração da diferença entre ascendente genético e pai, dotando o DNA de relevância na formação do parentesco, indo de encontro com a afetividade, enquanto atual paradigma da constituição da família e retomando aspectos patrimonialistas liberais do séc. XIX, para o qual a família era intrinsecamente ligada pelo laço consanguíneo com fins de transmissão de patrimônio.

Outro problema é que a multiparentalidade, quando aplicada em regra nas relações das famílias recompostas, rompe com a biparentalidade, efeito este que pode repercutir negativamente na formação da prole, dado que, além de ser um potencial gerador de conflitos e disputas, ainda divide o exercício do poder parental, deixando os filhos desamparados quando surgir a dúvida de à quem deve se reportar quando quiser permissão, conselho, e todos os exercícios da vida cotidiana de uma criança, afinal, quem dará a palavra final?

Tem-se ainda que, na tese 622 argumenta-se que não cabe preponderância entre a paternidade socioafetiva e biológica, tendo em razão disto, José Fernando Simão elencado alguns questionamentos:



- a) Na adoção, o pai biológico que deixou de ser pai em razão da adoção e que em minha opinião não é pai, mas apenas ascendente genético, poderia pleitear o reconhecimento da dupla paternidade, pois "não cabe à lei agir como o Rei Salomão". Há uma soma.
- b) O doador de material genético, na hipótese de técnica heteróloga, pode ser demandado para ser pai, ao lado do socioafetivo, pois "é o direito que deve servir à pessoa e não o contrário";
- c) A paternidade passa a ser decisão do filho. Sabendo-se filho socioafetivo, tem o filho o direito de ter também como pai seu ascendente genético. Isso abre as portas para as ações argentárias em que o autor a ação investigatória de paternidade, já tendo um pai, pretende ter a herança de outrem (ascendente genético) e não um pai.
- d) Como ficaria a situação do marido enganado que acredita que o filho é seu (em termos biológicos) quando na realidade não o é? O pai socioafetivo enganado, pois pensava ser seu o filho que criou como tal quando, na realidade, o filho era biologicamente de um terceiro, verá procedência da ação negatória de paternidade garantida, pois, segundo entende o Ministro Fux, "o exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico".

Portanto, a fixação desta nova possibilidade jurídica tem que ser vista sem a emoção e o entusiasmo de se ter um novo instituto, levantando os questionamentos pertinentes acerca dos limites da aplicação da tese e suas repercussões, para que não se termine por desvirtuar os princípios basilares do Direito de Família.

A sua aplicabilidade, portanto, dever ser em caráter EXCEPCIONAL, destinando-se à proteção concreta, guardadas as especificidades do caso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tese da *multiparentalidade* trouxe consigo pontos positivos e negativos. No aspecto positivo, tem-se que a afetividade está definitivamente consolidada enquanto fonte genuína de parentesco. A Tese ainda ressalta a parentalidade responsável, tendo em vista que, quando havia a impossibilidade do reconhecimento superveniente da paternidade biológica, quando a socioafetiva já estava consolidada, advinha uma espécie de "irresponsabilidade" ou exoneração do ascendente biológico que concorreu para a existência da prole, mas se eximiu dos deveres inerentes a paternidade, tendo repercussões no dever de prestar alimentos e no direito sucessório.



Além disso, a referida tese, que visava definir quanto a preponderância de uma origem em relação à outra, nada definiu, na medida em que transfere novamente ao judiciário a possibilidade de admiti-la ou não, quando traz consigo a expressão “*não impede*”, apenas ressalta que não haveria proibição, mas não a recomenda necessariamente.

Primordialmente, a Tese registra, como já pontuado, a impossibilidade jurídica de afastamento do critério biológico e imposição de deveres parentais em decorrência de haver o genitor, concorrido para gerar o filho, o que abre um precedente problemático na realidade do uso das técnicas de reprodução humana assistida e o anonimato de doadores que nunca tiveram intenção no projeto parental.

Além disso, não seria possível a sua inversão, ou seja: “A paternidade biológica, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem socioafetiva, com os efeitos jurídicos próprios”. Até porque, por lei, atualmente no Brasil, de uma forma ou de outra essa socioafetividade não poderia abranger a espécie da Adoção propriamente dita, uma vez que rompe com os vínculos jurídicos com os pais de origem.

Por fim, e em razão de todos esse problemas interpretativos, há que se ponderar a aplicação desta nova possibilidade, devendo ela constituir uma exceção e não regra nas relações, com minuciosa análise do caso concreto.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE, João. Reflexões sobre a multiparentalidade e a repercussão geral 622 do STF. Disponível em: <https://www.bing.com/search?q=reflex%C3%B5es+sobre+a+multiparentalidadee+a+repercuss%C3%A3o+geral+622+do+stf&form=EDGEAR&q=PF&cvid=03009f2d50d445e28c6c0bbbf383f2d0&cc=BR&setlang=pt-BR>. Acesso em: 19 de novembro de 2017

CATALAN, Marcus. Um ensaio sobre a multiparentalidade: explorando no ontem pegadas que levarão ao amanhã. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/31491/20093>. Acesso em: 19 de novembro de 2017

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10ª ed. São Paulo: RT, 2015.



FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 1998.

LÉVI-STRAUSS, Claude. As estruturas elementares do parentesco. Petropolis: Vozes, 1982.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. A multiparentalidade e seus limites. Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=38838371c3a50f05. Acesso em: 19 nov de 2017

SIMÃO, José Fernando. A multiparentalidade está admitida e ... com repercussão geral. Vitória ou derrota do afeto? Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-multiparentalidade-esta-admitida-e-com-repercussao-geral-vitoria-ou-derrota-do-afeto/17172> Acesso em: 19 de novembro de 2017

SIMÃO, José Fernando. A multiparentalidade está admitida e com repercussão geral. Vitória ou derrota do afeto? Parte 2: a leitura ideal e a possível. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-multiparentalidade-esta-admitida-ecom-repercussao-geral-vitoria-ou-derrota-do-afeto/17235> acesso em 19 nov de 2017

VILLELA, João Batista. Desbiologização da paternidade. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156>. Acesso em 19 de novembro de 2017

.....



O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO POST MORTEM PARA FINS DE PENSÃO POR MORTE:

UMA ANÁLISE DA INTERVENÇÃO DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA NO ÂMBITO DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

.....

Antônio Luiz Duarte dos Santos¹
Maria Rita de Holanda Silva Oliveira²

1 O DIREITO PREVIDENCIÁRIO E A NOVA CONCEPÇÃO DE FILIAÇÃO

Em decorrência das constantes mudanças ocorridas no contexto do Direito de Família quanto a concepção de filiação e formação familiar, verifica-se que no âmbito Previdenciário o benefício de pensão por morte vem apresentando necessidade de se moldar a uma nova realidade social sob pena de não atingir o pressuposto da vontade, ainda que presumida, do contribuinte, uma vez que pode não ser abarcada pela legislação pátria, podendo excluir indivíduos do recebimento do benefício previdenciário em sua totalidade.

“No contexto atual, a filiação juridicamente considerada é a relação decorrente do parentesco na linha reta, entre os ascendentes e descendentes de primeiro grau, independentemente de sua origem, que, por sua vez, pode ser biológica ou não biológica (socioafetiva e legal)” (SILVEIRA, 2017, p.203).

Com a ampliação da concepção de filiação, surgiram novas conjecturas de constatação desta relação familiar, como a convivência familiar, e com a desconstrução da compreensão da desigualdade entre os filhos havidos dentro e fora do casamento, o reconhecimento da filiação *post mortem* tornou-se cada vez mais presente perante o

¹ Graduando do 9º período do curso de Bacharelado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco

² Doutora em Direito Privado pela UFPE; Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP; Professora do Curso de Direito da Universidade Católica de Pernambuco; Advogada.



judiciário brasileiro, apresentando questão polêmica no âmbito da previdência quanto ao marco inicial do benefício de pensão por morte.

A legislação previdenciária, mais precisamente no art. 76 da Lei 8.213/91, dispõe que a habilitação posterior do dependente deverá produzir efeitos a contar da efetiva habilitação, não havendo direito ao recebimento de valores retroativos do benefício previdenciário.

Vejamos:

Art. 76. A concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente **só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação. (grifo nosso)**

Desse modo, existindo vínculo de filiação não registrado, há necessidade de procedimento judicial de reconhecimento de filiação, seja este através de uma investigação de paternidade, seja por pleito de reconhecimento de posse do estado de filiação.

Insta pontuar que quando o reconhecimento da filiação é *post mortem* existe uma maior dificuldade na obtenção de provas, uma vez que para comprovação de vínculo biológico existe a obrigação de exame de DNA caso ocorra impugnação ao pleito, exame amplamente utilizado na busca pela verdade biológica, e havendo caso de comprovação de vínculo socioafetivo, existe a necessidade da ouvida de testemunhas tendo em vista que se trata de situação fática pretérita o que só dificulta a comprovação da filiação retardando o procedimento judicial.

A situação supramencionada interfere na habilitação para recebimento do benefício previdenciário uma vez que tal habilitação será tardia em virtude da necessidade de procedimento judicial no âmbito de competência estadual, esfera bastante asoberbada em virtude da competência residual. Nesse diapasão, ao compreender como marco inicial para recebimento do benefício previdenciário a data do efetivo requerimento, a legislação infraconstitucional brasileira nega, em caso de habilitação tardia, os valores retroativos à data do óbito do falecido segurado.



Portanto, é inquestionável que os prejuízos sofridos pelo filho não registrado vão além do âmbito civil, uma vez que o processo judicial para reconhecimento da filiação *post mortem* é moroso deixando o dependente não registrado do falecido segurado desprotegido economicamente por não possuir direito a fruição do benefício previdenciário sem trânsito em julgado de sentença favorável ao reconhecimento da filiação.

2 DA DISTINÇÃO ENTRE ALIMENTOS NO DIREITO DE FAMÍLIA E BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS QUANTO À POSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO

Para abordar a necessidade de retroação de benefício previdenciário, se faz necessária uma distinção jurídica quanto aos alimentos existentes no âmbito do direito de família.

Os alimentos presentes no direito de família são construídos principalmente na compreensão de solidariedade familiar, pois a fonte de obrigação alimentar está em relação de parentalidade já existente. É certo afirmar que com as constantes transformações que ocorrem no âmbito da família existem diversas origens de vínculo parental, no entanto, todos devem ser enxergados indistintamente, sob pena de se negar amparo alimentício a indivíduo resultante de família eudemonista.

Maria Berenice Dias, ao tratar da matéria ressalta que os alimentos têm natureza de direito de personalidade, sendo inclusive tratados na Constituição Federal de 1988 como direito social (CF 6º). Em sua tentativa conceitual ressalta que é do Estado a obrigação de prestar alimentos aos seus cidadãos, mas, por não possuir condições, socorrer a todos transformou a solidariedade familiar em dever alimentar (DIAS, 2013, p. 531).

De acordo com o Código Civil:

Art. 1.695. São devidos alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à sua própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.



Pontua-se que a obrigação do pagamento de alimentos inicia-se na citação do alimentante, havendo fixação de alimentos provisórios destinados ao alimentado, devendo o pagamento ser mantido até decisão final.

Vejamos decisão do STJ reconhecendo à possibilidade de retroação dos alimentos à data da citação:

Se os alimentos definitivos forem fixados em valor superior ao dos provisórios, **poderá haver a cobrança retroativa da diferença verificada entre eles**. A jurisprudência majoritária do STJ tem mitigado a interpretação mais literal da regra contida no § 2º do art. 13 da Lei n. 5.478/1968 para entender que os alimentos definitivos fixados em valor inferior ao dos provisórios não gerariam, para o alimentante, o direito de cobrar o que fora pago a maior, tendo em vista a irrepetibilidade da verba alimentar. **Todavia, nada impede a aplicação da interpretação direta da regra contida no referido comando legal, o que possibilita a cobrança retroativa da diferença verificada na hipótese em que os alimentos definitivos tenham sido fixados em montante superior ao dos provisórios**". Precedente citado: EDcl no REsp 504.630-SP, Terceira Turma, DJ 11/9/2006. REsp 1.318.844-PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 7/3/2013. (grifo nosso)

No entanto, vale salientar que no caso abordado pelo STJ já havia pleito requerendo pensão alimentícia, havendo retroação desde a citação do alimentante. Caso o alimentado não tivesse se socorrido no âmbito do poder judiciário não se poderia falar em retroação do dever de pagar alimentos pelo período em que ficou desamparado por mais longo que este seja, uma vez que pela inercia do alimentado não houve requerimento de pensão alimentícia.

Quanto à prestação de benefício previdenciário, é importante ressaltar que sua própria diferenciação conceitual o torna distinto à compreensão de alimentos no âmbito do direito de família.

Nos termos da Constituição Federal de 1988:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, **à previdência** e à assistência social. (grifo nosso).



“A Previdência Brasileira é formada por dois regimes básicos, de filiação, obrigatória, que são o Regime Geral da Previdência Social (RGPS) e os Regimes Próprios da Previdência Social (RPPS) dos servidores públicos e militares. Há também o Regime de Previdência Complementar, ao qual o participante adere facultativamente” (GOES, 2016, pag.15).

Em relação ao RGPS, afirma a Constituição Federal de 1988:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, **de caráter contributivo** e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV -salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

§ 2º Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo. (grifo nosso)

Neste diapasão salienta-se que o benefício previdenciário, sobretudo é de caráter contributivo uma vez que só será destinado ao segurado contribuinte que através de sua força de trabalho conseguiu garanti-lo para si ou para seus dependentes conforme consta na legislação pátria. Desse modo, distingue-se também do benefício assistencial que conta na Lei Orgânica de Assistência Social nº 8.742 (LOAS), benefício este que por ter caráter alimentar de obrigação do Estado, não possui caráter contributivo.

3 DA INTERFERÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CIVIS-CONSTITUCIONAIS PERANTE OS PRINCÍPIOS PREVIDENCIÁRIOS

É certo que compreender como marco inicial para recebimento da pensão por morte a data do efetivo requerimento administrativo, negando valores retroativos à data do óbito do falecido segurado é negar visão humanizada ao direito previdenciário bem como a eficácia de princípios civis-constitucionais como o da igualdade entre filhos, o do melhor interesse da criança (tendo em vista que muitos dos demandantes são menores impúberes) e o da dignidade da pessoa Humana.



Insta pontuar que a questão de habilitação tardia para recebimento de benefício previdenciário em decorrência da necessidade de reconhecimento de filiação *post mortem* é a princípio de direito público, tendo em vista que se trata de temática voltada ao campo previdenciário.

No entanto, havendo negativa de pagamento destes retroativos por parte da Autarquia Previdenciária, bem como a judicialização da demanda pelo indivíduo prejudicado, existirá dentro desta relação processual dois polos opostos, que irão pleitear perante o poder judiciário reconhecimento de seu direito dentro da esfera que representam.

Ressalta-se que o particular que busque pleitear benefício de pensão por morte através de tardio reconhecimento de filiação *post mortem*, tendo em vista que não era reconhecido legalmente, ao se defender pleiteará interesse privado que perante o interesse do poder público, principalmente quando a matéria é de caráter pecuniário, já é desde o início compreendido como de menor valia, tendo em vista a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

No entanto, Paulo Lôbo demonstra que através do reconhecimento de princípios civis-constitucionais, a compreensão de direitos individuais concernentes à matéria de direito privado como direitos fundamentais e indisponíveis ganhou força, uma vez que princípios de matéria privada passaram a garantir *status* constitucional.

Na Constituição Federal de 1988 ficou proclamado como princípio fundamental:

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 (grifo nosso)

Ao abordar a temática, Paulo Lôbo afirma que “a convenção sobre os direitos da criança de 1990 declara que a criança deve ser preparada individualmente para uma vida



em sociedade, respeitada sua dignidade. O Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, tem por fim assegurar “todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana” dessas pessoas em desenvolvimento (art. 3) e a absoluta prioridade dos direitos referentes às suas dignidades (Arts. 4º, 15 e 18)” (LÔBO, 2015, pag. 4) .

Quando trata do princípio do melhor interesse da criança, este de bastante valia quanto ao caso abordado, Paulo Lôbo ressalta que a Convenção Internacional dos Direitos da Criança afirma que esta “deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração, quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade” (LÔBO, 2015, pag. 13).

Quanto ao princípio da igualdade na filiação frisa-se que não há possibilidade de tratamento distinto entre as filiações em decorrência de sua origem, o que seria inclusive uma forma de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana supramencionado.

No entanto vale salientar que há também na Constituição Federal de 1988 a existência do princípio da solidariedade contributiva, princípio este que reconhece o dever solidário dos contribuintes do RGPS, uma vez que por ser de filiação obrigatória ao trabalhador comum, o fato de ter o benefício previdenciário característica contributiva não torna dever do Estado em retribuição pecuniária, tendo indivíduos que poderão se beneficiar e outros que apesar de suas contribuições não receberão retorno.

4 DO JULGAMENTO DE CASOS NO ÂMBITO DO STJ

Ao analisar se o poder judiciário no âmbito do STJ vem aplicando tais princípios e reconhecendo a vulnerabilidade dos dependentes previstos na legislação previdenciária aplicando a retroatividade ou não dos benefícios previdenciários em casos de habilitação tardia decorrente da necessidade reconhecimento de filiação *post mortem* nos deparamos com os seguintes julgados:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - HABILITAÇÃO TARDIA DE FILHA DO SEGURADO - ARTS. 74 E 76 DA LEI 8.213/91 - DATA DE INÍCIO DO



BENEFÍCIO - REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO.1. Nos termos do art. 74 da Lei de Benefícios, não requerido o benefício até trinta dias após o óbito do segurado, fixa-se o termo inicial da fruição da pensão por morte na data do pleito administrativo, que, no caso em apreço, ocorreu somente em 30/09/2010.2. De acordo com o art. 76 da Lei 8.213/91, a habilitação posterior do dependente somente deverá produzir efeitos a contar desse episódio, de modo que não há que falar em efeitos financeiros para momento anterior à inclusão do dependente.3. **A concessão do benefício para momento anterior à habilitação da autora, na forma pugnada na exordial, acarretaria, além da inobservância dos arts. 74 e 76 da Lei 8.213/91, inevitável prejuízo à autarquia previdenciária, que seria condenada a pagar duplamente o valor da pensão**, sem que, para justificar o duplo custo, tenha praticado qualquer ilegalidade na concessão do benefício à outra filha do de cujus, que já recebe o benefício desde 21/06/2004.4. Recurso especial provido.(REsp 1377720/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 05/08/2013)

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. TERMO INICIAL. MENOR ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. DATA DO ÓBITO. *TEMPUS REGIT ACTUM*. PLURALIDADE DE PENSIONISTAS. RATEIO DO BENEFÍCIO. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE POST MORTEM. RECEBIMENTO DE VALORES PELA VIÚVA, PREVIAMENTE HABILITADA. INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ. PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DAS VERBAS PREVIDENCIÁRIAS.1. A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é a vigente na data do óbito do segurado (*tempus regit actum*).2. Aplica-se o art. 74 da Lei de Benefícios, na redação vigente à época da abertura da sucessão (*saisine*), motivo pelo qual o termo inicial da pensão por morte é a data do óbito.3. Havendo mais de um pensionista, a pensão por morte deverá ser rateada entre todos, em partes iguais, visto ser benefício direcionado aos dependentes do segurado, visando à manutenção da família.4. Antes do reconhecimento da paternidade, seja espontâneo, seja judicial, o vínculo paterno consiste em mera situação de fato sem efeitos jurídicos. Com o reconhecimento é que tal situação se transforma em relação de direito, tornando exigíveis os direitos subjetivos do filho.

5. Ainda que a sentença proferida em ação de investigação de paternidade produza efeitos *ex tunc*, há um limite intransponível: o respeito às situações jurídicas definitivamente constituídas.6. **O mero conhecimento sobre a existência de ação de investigação de paternidade não é suficiente para configurar má-fé dos demais beneficiários anteriormente habilitados no recebimento de verbas previdenciárias e afastar o princípio da irrepetibilidade de tais verbas. (grifo nosso)**7. A filiação reconhecida em ação judicial posteriormente ao óbito do instituidor do benefício configura a hipótese de habilitação tardia prevista no art. 76 da Lei n. 8.213/1991.8. Recurso especial conhecido e provido.(REsp 990.549/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 01/07/2014)

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. PENSÃO POR MORTE. DEPENDENTE MENOR DE DEZESSEIS ANOS. HABILITAÇÃO POSTERIOR. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. DATA DO ÓBITO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.1.O termo inicial do benefício previdenciário pensão por morte, tratando-se de dependente absolutamente incapaz, deve ser fixado na data do óbito do segurado, nos termos da redação original do artigo 74 da Lei 8.213/1991, aplicável ao caso.2.**O recorrente, na condição de menor pensionista do INSS, representado por sua genitora, pretende o pagamento de parcelas em atraso, relativas ao período entre a data do óbito do instituidor do**



benefício e a data do requerimento administrativo.³.Consoante jurisprudência prevalente do STJ, **comprovada a absoluta incapacidade do requerente, faz ele jus ao pagamento das parcelas vencidas desde a data do óbito do instituidor da pensão.**⁴.No presente caso, o óbito do segurado ocorreu em 31/1/1994, o benefício pensão por morte foi requerido administrativamente pelo ora recorrente, nascido em 19/8/1994, em 5/1/2001. A avó paterna do recorrente, mãe do instituidor da pensão, recebeu o benefício durante o período de 24/2/1994 a 1º/4/1996. O recorrente nasceu após a morte do segurado e obteve na Justiça o reconhecimento da paternidade, pois sua mãe vivia em união estável com seu pai.⁵ Relativamente aos efeitos pretéritos do reconhecimento do direito, não se desconhece que a Segunda Turma indeferiu pedido de retroação dos efeitos do reconhecimento da pensão por morte ao menor dependente, asseverando nos autos do Recurso Especial 1.377.720/SC que, retroagir os efeitos da concessão do benefício causaria prejuízo ao Erário, considerando que a pensão fora paga, anteriormente, a outro dependente. **Todavia, no citado julgado, a pensão foi destinada inicialmente a membro do mesmo núcleo familiar, o que não acontece no presente caso, em que a pensão fora paga a avó paterna do recorrente, que não convivia no núcleo familiar, tendo a demora do pedido se dado tão somente em razão da necessidade do reconhecimento em juízo da união estável entre os genitores do recorrente e da paternidade.**⁶. Recurso especial conhecido e provido.(REsp 1354689/PB, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 11/03/2014)

Neste contexto pode-se verificar que o STJ não vem aplicando a legislação previdenciária integralmente, porém desconhece o debate principiológico construído no presente artigo, apenas abordando matéria concernente ao âmbito previdenciário.

Na argumentação presente nas decisões supra transcritas o princípio da irrepetibilidade das verbas previdenciárias é colocado como um propósito fundamental para negativa de retroação do benefício de pensão por morte, baseando a vedação à retroação do benefício de pensão por morte na possibilidade de repetição do valor pago pela previdência uma vez que há vedação ao pagamento em dobro.

Ocorre que com a habilitação tardia, há a possibilidade outro dependente estar o benefício previdenciário o garantindo de boa-fé. Desse modo, existindo relação jurídica perfeita.

Preocupações com o bem público e o custeio da seguridade social, tornam a vedação ao pagamento de benefício previdenciário em dobro pela previdência uma diretriz, o que não só impede o individuo habilitado tardiamente de pleitear restituição dos valores pagos ao beneficiário com habilitação anterior, uma vez que existe a



presunção de recebimento de boa fé, como também ao pagamento de retroativos perante a Autarquia Previdenciária.

Neste Diapasão, haveria possibilidade de reconhecimento do direito de retroação do benefício previdenciário de pensão por morte quando mesmo diante de uma habilitação tardia, não tenha havido habilitações anteriores, não ocorrendo o pagamento do benefício previdenciário a nenhum dependente. Nesta situação, não se poderia falar em ofensa ao princípio da irrepetibilidade de benefício previdenciário uma vez que não há pagamento em dobro pelo Estado.

Portanto, não havendo retroação do benefício previdenciário, estaria ocorrendo enriquecimento ilícito do Estado decorrente de negação de benefício que acima de tudo possui natureza de suprimento das necessidades básicas do indivíduo dependente.

Destarte ressalta-se que apesar da compreensão da supremacia do interesse público sobre o privado como um basilar se faz necessária uma nova interpretação da principiologia constitucional, tendo em vista que com a mudança de concepção dos agentes familiares, também houve mudança nos potenciais beneficiários do benefício previdenciário de pensão por morte.

Quando a legislação previdenciária destina o benefício previdenciário aos dependentes do falecido segurado, não restam dúvidas que qualquer transformação que ocorra na concepção familiar, atingirá a noção de dependentes (que já possuir maior abrangência em sua definição).

Ressalta-se que não deve haver disparidade hierárquica entre os demais ramos do direito, sob pena de injusta exclusão e ofensa a princípios fundamentais dos indivíduos que sem culpa não tenham sido reconhecidos legalmente pelo segurado, possuindo a necessidade de pleitear anteriormente à habilitação na previdência, reconhecimento de filiação *post mortem*.

Outrossim, se estivermos falando de interesse versus interesse privado, este último já pode comportar na nova concepção de sujeito e de família, também um interesse público, máxime se estamos nos referindo a um possível beneficiário que esteja na



condição de incapaz (criança ou adolescente) que seria totalmente dependente do segurado e que merece proteção integral a ser destinada pelo Estado, pela sociedade e pela família.

Trata-se, portanto, da quebra de uma dicotomia entre o público e o privado que apresentam atualmente importantes interfaces inseparáveis.

REFERÊNCIAS

SILVEIRA, Maria Rita de Holanda. **Filiação: Natureza Jurídica, Autonomia e Boa Fé, publicado em Boa-Fé e sua aplicação no Direito Brasileiro.** Cord. Fabíola Albuquerque Lobo, Marcos Ehrhardt Júnior; Rodolfo Pamplona Filho, Paulo Luiz Netto Lôbo, Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2007, p.203.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOES, Hugo Medeiros de. **Manual de Direito Previdenciário.** 11. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2016.

LÔBO, Paulo. **A nova principiologia do direito de família e suas repercussões, publicado em Direito de família e das sucessões: temas atuais.** Cord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka; Flávio Tartuce; José Fernando Simão. São Paulo: Método, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social.** 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.391

FARIA, Carolina Lemos de. **O marco inicial do direito à pensão por morte pela Lei N. 8.213/91 no caso do menor com reconhecimento de paternidade post mortem.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 10 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51267&seo=1>>. Acesso em: 20 nov. 2017.





OBRIGATORIEDADE DO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO: UM REEXAME QUE SE IMPÕE

.....
Fabíola Albuquerque Lobo¹
Cora Cristina Ramos Barros Costa²

1 INTRODUÇÃO

A Lei de Adoção (Lei n. 12.010/09), alterando o Estatuto da Criança e do Adolescente, previu apenas três possibilidades de adoção consentida ou “intuitu personae” (art. 50, § 13) ainda que realizada por pessoas não cadastradas previamente no Cadastro Nacional de Adoção (CNA), conseqüentemente, qualquer outra hipótese configura violação à lei.

Este é o cerne do problema, ou seja: de um lado o CNA e, do outro lado, a intenção da mãe ou mesmo dos pais biológicos de direcionam seu filho para uma pessoa ou uma família que não esteja previamente cadastrada como pretendentes a adoção. O que deve prevalecer? A autonomia da vontade da mãe/pais biológicos ou a ordem do cadastro? E na hipótese de vínculo já estabelecido entre os pais socioafetivos e a criança é possível ponderar, no caso concreto, o princípio do melhor interesse da criança em detrimento da imposição legal a observância do Cadastro Nacional de Adoção?

No relatório de dados estatísticos do CNA (CNJ, 2017) consta o número de 40.829 pretendentes cadastrados e 7.943 crianças/adolescentes estão disponíveis para adoção. Fazendo-se uma conta rápida, concluiremos que há cinco vezes mais candidatos a

¹ Professora do Departamento de Direito Privado do Centro de Ciências Jurídicas da UFPE, Doutora em Direito Civil pela UFPE, Professora dos Cursos de Mestrado e Doutorado do PPGD/UFPE. E-mail: fsalbuquerque@uol.com.br.

² Especialista e Mestre em Direito pelo CCJ/UFPE, Membro do Grupo de Pesquisa Constitucionalização das Relações Privadas (UFPE, UFAL, UFPB/CNPq), Prof^a na Faculdade Metropolitana da Grande Recife – FMGR, Supervisora do Procon/FMGR, Advogada. E-mail: ccrabarras@gmail.com.



pretendentes que o número de crianças disponíveis. E porque há ainda tantas crianças alijadas do direito fundamental à convivência familiar?

Não se discute a importância do cadastro, muito menos a finalidade de organizar e garantir igualdade de condições a todos os pretendentes à adoção, mas por outro lado não se pode desconsiderar o preceito do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o qual dispõe que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

2 A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A política de proteção especial às crianças tem seu marco inicial com a Declaração de Genebra (1924), mas ganha corpo com a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), e sedimenta-se com a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959).

Do direito à especial proteção para o desenvolvimento físico, mental e social reflete o princípio do interesse superior da criança, com estreita vinculação a proteção dos direitos humanos em geral.

Consoante a Declaração Universal, a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento; necessita de amor e compreensão, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade; sempre que possível, deverá crescer com o amparo e sob a responsabilidade de seus pais mas, em qualquer caso, em um ambiente de afeto e segurança moral e material e que o interesse superior da criança deverá ser o interesse diretor daqueles que têm a responsabilidade por sua educação e orientação; tal responsabilidade incumbe, em primeira instância, a seus pais.

No ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina da proteção integral, nos moldes dos direitos universalmente garantidos às crianças, radica na Constituição Federal de 1988 (art. 227), e na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que embora tenha sido



ratificada pelo governo brasileiro em novembro de 1990 (Decreto nº 99.710/90), data de 1989. Deste modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) tem seu eixo centrado nos princípios da Convenção.

A doutrina da proteção integral representa a estruturação de uma ordem de natureza promocional e a ruptura com o paradigma anterior da criança e adolescente enquanto objeto de direito e não na condição de titulares de Direitos Fundamentais, como passou a se impor.

Da doutrina da proteção integral emergem outros princípios, a exemplo do princípio do melhor interesse e do princípio da convivência familiar, aos quais se creditam relevantes delineamentos doutrinários e jurisprudenciais, na fundamentação dos processos de adoção, como veremos a seguir.

3 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE

Nas linhas da Constituição, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, com força de lei no Brasil desde 1990, estabelece em seu artigo 3.1. que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança” e para o Estatuto da Criança e do Adolescente ao enunciar-se como lei de proteção integral e expressamente, ressaltar a absoluta prioridade, na efetivação dos direitos da criança e do adolescente, indo mais além, ao esclarecer qual a dimensão legal atribuída ao conteúdo de prioridade.

Tânia da Silva Pereira (2005, p. 131), referindo-se ao art. 3º da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, cujo vetor é o princípio do melhor interesse destaca que “a versão em inglês enfatiza o caráter qualitativo do interesse da criança – *the best interest-*, enquanto a versão brasileira tem como foco o critério quantitativo – o maior interesse”.



Daniel O'Donnell, citado por Tânia Pereira (2005, p. 132), afirma que a Convenção ampliou o alcance do princípio.

O princípio deve inspirar não apenas a legislação, mas todas as medidas concernentes às crianças, tomadas pelas instituições públicas ou privadas de bem-estar social, pelos tribunais, pelas autoridades administrativas. Assim, a vinculação é imediata dos poderes públicos seja do Executivo, Legislativo ou Judiciário, ao princípio do melhor interesse da criança (O'DONNELL *apud* PEREIRA, 2005, p. 132).

Como se percebe, o princípio do melhor interesse é um dever jurídico imposto à família, à sociedade e ao Estado.

a criança –incluindo o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança - deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente, nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade (LÔBO, 2015, p. 69).

O compromisso com a materialização do melhor interesse da criança e do adolescente repercutiu positivamente no conteúdo do antigo instituto do pátrio poder, hoje poder familiar, no sentido de dar-lhe funcionalização. Em outras palavras, o poder familiar configura-se mais como um plexo de deveres legais impostos aos pais voltados ao melhor interesse dos filhos, do que de direitos, como outrora se compreendia. Na atualidade, vislumbra-se a relação paterno-filial fincada em moldes democráticos e afetivos, em cujos polos encontram-se sujeitos de direito. É uma situação relacional e, como tal importa numa correlação entre poder familiar e realização do interesse do filho, materializando a reciprocidade de interesses ínsitos à relação paterno-filial.

Apesar da primazia do interesse do filho, seu exercício será em conformidade com a idade, maturidade e evolução de sua capacidade, pois são pessoas em desenvolvimento e, indiscutivelmente, os pais, como principais responsáveis, representam a ancoragem essencial ao desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência da pessoa do filho.

Como se depreende, trata-se de um princípio de repercussão prática recorrente, principalmente, nas demandas envolvendo guarda de filhos. Não por acaso, a lei brasileira



estabeleceu como critério norteador a aplicação da guarda compartilhada sob o pressuposto que o melhor interesse do filho se materializa mediante a convivência com ambos os pais (CC, art. 1.583, § 2º), sendo a guarda exclusiva/ unilateral, medida de caráter excepcional (CC, art. 1.584, § 2º).

A propósito, mais uma vez nos valem das contribuições de Paulo Lôbo, que assim se pronuncia:

A tendência mundial, que consulta o princípio do melhor interesse da criança, recomenda a máxima utilização da guarda compartilhada, da manutenção da coparentalidade, de modo a que o filho sinta a presença constante de ambos os pais, apesar da separação física deles. Neste sentido, o "direito à companhia" é relativo e não pode ser exercido contrariamente ao interesse do filho, que deve ser assegurado o direito à companhia do pai ou mãe que não seja o guardião. Em suma, o direito de um não exclui o direito do outro e o filho tem direito à companhia de ambos (LÔBO, 2001, p. 149).

Como dito alhures, o princípio do melhor interesse é o balizador também nos processos de adoção, ou seja, a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos (ECA, art. 43).

A Lei de Adoção dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Neste momento percebemos o quanto o princípio do melhor interesse e o da convivência familiar são intrinsecamente imbricados.

4 O PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) alçou o direito à convivência familiar e comunitária no rol dos direitos fundamentais e dispôs no art. 19 que

Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.



Nesta seara, a Lei nº 12.010/2009 trouxe várias alterações/inclusões ao ECA, visando garantir a plenitude do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes. A título de destaque, o § único do art. 25 que inseriu no âmbito da família natural, a família extensa ou ampliada como sendo aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

Após as referências na lei à família natural, destacando que apenas na impossibilidade de permanência na família natural, a criança e o adolescente serão colocados sob adoção, tutela ou guarda, observadas as regras e princípios contidos no ECA e na CF/88 (Lei nº 12.010/09, art. 2º), deduz-se que a família substituta é contextualizada numa dimensão excepcional e subsidiária. Tanto que o § 1º do art. 39 do ECA ratifica que a adoção é medida excepcional.

Certo que o princípio da paternidade responsável não pode ser descurado, há outros princípios a serem ponderados, a exemplo dos princípios do melhor interesse da criança, da afetividade e da convivência familiar.

É majoritária a compreensão por parte da doutrina especializada e da própria jurisprudência, que uma relação parental se configura para além do critério biológico.

A parentalidade socioafetiva é uma realidade cujo fulcro é uma situação fática consolidada no tempo, e seu reconhecimento jurídico abarca todos os efeitos subjacentes (PEREIRA, 2003, p. 97).

Trata-se de conferir à aparência os efeitos da verossimilhança, que o direito considera satisfatória a paternidade socioafetividade é gênero da qual são espécies as paternidades biológica e não biológica. Quer dizer, a afetividade é elemento intrínseco a qualquer espécie de vínculo familiar e presumida nas relações paterno-filiais (LÔBO, 2004, p. 510).

Neste mesmo sentido, as considerações de Luiz Edson Fachin:

A verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação psicoafetiva; aquele, enfim, que, além de poder lhe emprestar seu nome de



família, trata-o como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social (1996, p. 32).

Não é um paradoxo priorizar os vínculos com a família biológica em detrimento da família substituta justamente na lei de adoção e no ECA, que perseguem a máxima efetivação do direito fundamental à convivência familiar? Afinal, com base nos princípios da igualdade, da afetividade e da pluralidade das entidades familiares a família substituta não pode ser compreendida como uma espécie de segunda classe.

Analisando o ECA, há dispositivos relativos às políticas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, mediante um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 86), nas quais uma das diretrizes volta-se à integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Conselho Tutelar e encarregados da execução das políticas sociais básicas e de assistência social, para efeito de agilização do atendimento de crianças e de adolescentes inseridos em programas de acolhimento familiar ou institucional, com vista a sua rápida reintegração à família de origem ou, se tal solução se mostrar comprovadamente inviável, sua colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 daquela Lei (art. 88, VI - Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

Em continuidade as linhas de ação da política de atendimento conjunto à adoção, o Conselho Nacional de Justiça desenvolveu um banco de dados único e nacional, composto de informações sobre crianças e adolescentes aptos a serem adotados e pretendentes habilitados à adoção, denominado Cadastro Nacional de Adoção (CNA). Importante ressaltar que a criação do Cadastro Nacional é mais uma medida de integração entre as instâncias federativas, de modo que não gera nenhuma incompatibilidade com os outros cadastros (ECA, art. 50, *caput*, §§ 5º e 8º).

Em consonância com o CNA, o ECA explicita que mesmo diante da manifestação de vontade dos titulares do poder familiar de colocação da criança em família substituta, necessariamente, haverá o encaminhamento às Varas da Justiça da Infância e da Juventude



(ECA, art.166), ou seja, a lei retirou dos pais a decisão da entrega direcionada e transferiu para o juiz o procedimento em relação àquela criança (estágio de convivência ou programa de acolhimento).

A lei de adoção estabeleceu a necessidade de esgotar todos os meios de manutenção ou reintegração da criança/adolescente na família natural, como medida preferencial em relação a qualquer outra providência e, em caso de programa de acolhimento institucional a permanência da criança e do adolescente, não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária. (ECA, art.19).

Como apontado, anteriormente, o relatório do CNA é uma resposta objetiva da realidade da adoção no Brasil, ou seja, há um claro distanciamento entre a demanda e o princípio do melhor interesse dos adotáveis e, por consequência o não direito fundamental à convivência familiar.

Somos da opinião que três aspectos concorrem negativamente para a fluidez do processo de adoção. O primeiro deles é a priorização da família biológica, incluindo a família extensa, em detrimento da família socioafetiva.

Condicionar a adoção ao interesse prévio de parentes pode impedir ou limitar a criança de inserir-se em ambiente familiar completo, pois em vez de contar com pai e (ou) mãe adotivos, acolhido pelo desejo e pelo amor, será apenas um parente acolhido por outro, sem constituir relação filial (LÔBO, 2015, p. 252).

O segundo entrave diz respeito aos prazos previstos na lei e, por fim, o perfil das crianças estabelecido pelos pretendentes por ocasião da realização do cadastro. Estes dois últimos aspectos estão intrinsecamente relacionados, conforme será demonstrado a seguir.

A respeito, as angustiantes palavras de Maria Berenice Dias:

Enquanto isso a criança fica institucionalizada. Depois de os pais desistirem de ficar com o filho, o Estado sai à caça de algum parente que o queira, até quando se trata de um recém-nascido que ninguém chegou a conhecer. Não vai atrás somente dos familiares com quem a criança mantém vínculos de afinidade e afetividade. Sem atentar a isso, são convocados todos, aos quais é concedida mais de uma chance para dizerem-se desejam ficar com aquela criança. Só depois de todos se negarem



a ficar com ela é que será disponibilizada para a adoção. Até que isso ocorra, já se passou muito tempo (2015, p. 37).

5 OS DADOS DO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO E OS ENTRAVES DA ADOÇÃO

Para ter a noção exata do problema da adoção no Brasil, ao menos do ponto de vista do CNA, mister a análise conjunta dos relatórios dos pretendentes e das crianças/adolescentes cadastrados.

	Pretendentes	Crianças/ Adolescentes
CNA	40.829 (100%)	7943(100%)
Faixa etária		
0 a 5 anos	79,85 %	25,54%
6 a 10 anos	17,86%	22,07%
11 a 17 anos	2,29%	52,38%
Raça	18, 7 % somente aceitam crianças de cor branca	34,42 % são de crianças de cor branca.
	0,89% somente aceitam crianças de cor negra	17,1 % são de crianças de cor negra
	0,09% somente aceitam crianças de cor amarela	0,16 % são de crianças de cor amarela.
	4,28% somente aceitam crianças de cor parda	48 % são de crianças de cor parda.
	0,06% somente aceitam crianças indígenas	0,31 % são de crianças indígenas.
Sexo	27,79%: somente crianças do sexo feminino	44.6% são do sexo feminino
	8,67% somente crianças do sexo masculino	55,4% são do sexo masculino
Grupo de irmãos	69,09% não aceitam	59,73% das crianças possuem irmãos
Gêmeos	68,14% não aceitam	2.41% são gêmeos

Contrapondo-se alguns itens dos relatórios dos pretendentes com a realidade das crianças/adolescentes aptos para adoção, extraem-se algumas conclusões, quais sejam:

- 79,85 % dos pretendentes delimitam a faixa etária entre 0 a 5 anos, entretanto somente 25,54% de crianças estão dentro daquela faixa (maior número de pretendentes e menor número de crianças);



- 17,86 % dos pretendentes aceitam aumentar a faixa etária entre 6 a 10 anos, entretanto há 22,07% crianças neste universo (menor número de pretendentes e, maior o número de crianças);
- Apenas 2,29% dos pretendentes aceitam aumentar a faixa etária entre 11 a 17 anos, entretanto há 52,38% crianças/adolescentes neste universo (infinitamente menor o número de pretendentes, diante do maior percentual dos dados estatísticos);
- 69,09% dos pretendentes não aceitam adotar grupo de irmãos, entretanto este dado em relação às crianças e adolescentes que tem grupos de irmãos representa 59,73%.

Os resultados falam por si só, ou seja, percebe-se que as pretensões dos pretendentes não coincidem com a realidade das crianças cadastradas. Ademais, o excesso de burocracia da lei, a lentidão judicial e o esgotamento das tentativas de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa não contribuem para viabilizar a adoção. Tais exigências aliadas ao fator temporal ratificam o maior percentual de crianças e adolescentes entre 11 e 17 anos, os quais entram na chamada zona dos inadotáveis, crianças invisíveis ou de "filho do abrigo" (STJ, REsp 1.383.040 – PR. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão), diante da remotíssima possibilidade de virem a ser adotados.

Esta realidade trazida pelo CNA é desumana e impiedosa para quem aguarda ansiosamente pela chance de ser adotado. É indiscutível que o procedimento, nos moldes como se apresenta, é uma afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

Imaginem-se quantas crianças/adolescentes poderiam ter suas histórias de vida revertidas com o efetivo direito fundamental à convivência familiar assegurado, segundo a previsão da Lei de Adoção e na forma do Estatuto da Criança e do Adolescente, se a adoção consentida fosse para além das hipóteses previstas na lei, em particular permitindo aos pais biológicos, que não desejam ou não possam manter seu filho, a possibilidade de eleger o(s) adotante(s).



Sensível ao problema, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), através de enunciados aprovados, em Congressos Nacionais assim se posiciona:

Enunciado 05. Na adoção, o princípio do superior interesse da criança e do adolescente deve prevalecer sobre a família extensa.

[...]

Enunciado 13. Na hipótese de adoção *intuitu personae* de criança e de adolescente, os pais biológicos podem eleger os adotantes.

É indiscutível a função prestante do Cadastro Nacional de Adoção, que foi concebido para que houvesse igualdade entre os adotantes e que não tivesse a burocracia como óbice, mas o formato atual revela falhas e entraves que precisam ser superados. Neste sentido, a Corregedoria Nacional de Justiça reconhece a necessidade de “reformular os cadastros nacionais de adoção e de acolhimento” (CNJ, 2017).

6 O CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE

O cerne deste item é analisar o princípio do melhor interesse da criança/adolescente frente ao Cadastro Nacional de Adoção, diante da hipótese de adoção de menor em favor de pessoa não cadastrada, principalmente, quando há vínculo afetivo existente entre as partes.

O que deve prevalecer? Para tal desiderato nos valem das decisões do STJ no enfrentamento da controvérsia.

Em apertada síntese, percebemos quanto é polêmico entre os órgãos julgadores de primeira e segunda instância, a ponderação entre a aplicação estrita e abstrata do Cadastro Nacional de Adoção e a sua flexibilização no caso concreto. Identificamos também nos julgados certa coincidência entre os argumentos utilizados nos pareceres do MP, diante da hipótese de pedido de adoção proposto por pessoa não cadastrada, qual seja: lançar mão do procedimento da busca e apreensão, com o devido acolhimento da criança, ainda que esta conviva e tenha laços afetivos consolidados com os pretensos



adotantes, sob os fundamentos de trata-se de espécie de adoção não autorizada pela lei, de inobservância da ordem de preferência constante no Cadastro Nacional de Adoção, da quebra do princípio da isonomia entre cadastrados e não cadastrados e que esta prática encobriria uma negociação do infante, além de outros interesses escusos que tal situação poderia encobrir, culminando assim com um parecer conclusivo pela extinção do processo.

Neste sentido, destacamos a recente decisão do Agravo em Recurso Especial n. 853694-RN, publicado em 01/08/2017, com a Relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti. Com base nos autos, a sentença monocrática foi no sentido de extinção do feito por impossibilidade jurídica do pedido, diante da incorrência de cadastro prévio em lista de adoção.

Em sede de TJRN, a referida sentença foi reformada nos seguintes termos: "Possibilidade de deferimento mesmo sem a especialização do cadastramento. Necessidade de preservação do interesse da criança. Precedentes do STJ e desta Corte de Justiça³. Possibilidade Jurídica".

O MP-RN agravando da decisão alegou que:

O procedimento para adoção não poderia prosseguir, em razão de não estarem os agravados inscritos no Cadastro Nacional de Adoção. Esclarece que o objetivo do cadastro é evitar a adoção *intuitu personae*, bem como garantir que os pretendentes adotantes preencham um mínimo de requisitos a serem analisados por equipes multidisciplinares que protegem os interesses do adotando. E, os agravados argumentam que embora afirmem interesse na adoção, não cuidaram de se inscrever oportunamente no referido cadastro, a fim de serem submetidos aos procedimentos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Na data da propositura da demanda, o período de convivência com a criança era de pouco mais de quatro meses, tempo insuficiente para a formação de vínculos de

³ Em sentido oposto a linha de interpretação do TJ-RN destacamos o posicionamento do TJ-SC: "Este Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento, respaldado pela Recomendação n.8, de 7-11-2012, da Corregedoria Nacional de Justiça, de que a ordem cronológica dos inscritos no cadastro nacional de adotantes não pode ser afastada, salvo nas hipóteses excepcionais previstas no artigo 50, § 13, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, não se tratando de adoção unilateral e inexistindo parentesco ou vínculo socioafetivo definitivo entre adotantes e adotados, impõe-se o desprovimento do pedido de adoção formulado por casal não inscrito no cadastro único." (Excerto presente no MC nº 21566 – SC, Ministro RAUL ARAÚJO).



afetividade. Atenta para a finalidade da norma, que, além de proteger, evita o casuismo, a escolha direcionada e a chamada "adoção à brasileira".

No julgamento do agravo a relatora verificou que:

O acórdão recorrido está em harmonia com a orientação da jurisprudência desta Corte, que tem entendido não ser absoluta a inscrição em cadastro de adotantes como requisito para o procedimento de adoção, observado sempre o melhor interesse da criança.

Não há, ressalte-se, o perigo de se flertar com a combatida "adoção à brasileira", tendo em vista que, afinal, os agravados buscam a adoção pelas vias legais. Foi preterida formalidade, não o procedimento como um todo. Destaque-se a consideração, harmônica com os precedentes do STJ⁴, de que o cadastro visa justamente a evidenciar ao magistrado que o processo de adoção atenderá ao interesse da criança, o que, no caso concreto, está evidenciado pelos fatos narrados no acórdão recorrido. Em face do exposto, nego provimento ao agravo.

Em sede de precedentes do STJ, com especial atenção ao princípio do melhor interesse, destacamos trechos dos seguintes julgados:

A observância do cadastro de adotantes vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro (REsp 1.172.067/MG, Terceira Turma, Relator: Ministro Massami Uyeda, j. 30/09/2009).⁵

[...]

A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. Mister observar sempre a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. É certo que existem casos excepcionais que autorizam a mitigação da habilitação dos adotantes no competente cadastro para o deferimento do pedido de adoção, possibilitando chamada adoção direta ou *intuitu personae*, o que ocorre quando vislumbrado o melhor interesse da criança (REsp 1.383.040/PR, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão).

⁴ STJ, REsp 1628245/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, julgado em 13/12/2016.

⁵ No mesmo sentido REsp 837324/RS, Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros AREsp 220.138/RN, Relator: Ministro MARCO BUZZI.



O princípio do melhor interesse possibilita a mitigação do instituto, trazendo à sua aplicação conceitos que guardam maior relação com a contemporaneidade, com o contexto social vivenciado. A possibilidade de uma nova roupagem não está atrelada a situações de fraude, pois cada caso concreto requer um olhar diferenciado.

Neste sentido, segue abaixo trecho de decisão que sintetiza e traz respostas aos questionamentos lançados no decorrer do trabalho.

Em verdade, um dos pontos fundamentais da celeuma recai, exatamente, na já mencionada adoção consentida ou *intuitu personae*.

Nesse passo, o entendimento dominante nos Tribunais do país é o de que não se pode, nem se deve prestigiar a formalidade excessiva que reveste o procedimento previsto pelo legislador, em face do melhor interesse da criança, mais ainda em sendo manifesto o consentimento dos pais biológicos, ou somente de um deles em entregar a criança à adoção. Esse interesse maior, sim, é que deve prevalecer em todas as circunstâncias, até porque constitucionalmente resguardado (art. 227 CF/88 - princípio da proteção integral à criança).

Ora, aqui vale pontificar que o simples ato de consentir de forma livre e espontânea⁶, ou seja, permitir a entrega da criança/adolescente a quem deseja recebê-la, deve ser visto, nestas hipóteses, como a melhor maneira de mitigar os efeitos, muitas vezes traumáticos e dolorosos, decorrentes do afastamento/retirada da criança da sua família natural para a colocação na substituta. É por essa razão que a regra da nova lei não pode se sobrepuser, quando, diante das peculiaridades que envolvem o caso concreto, haja pleno respeito aos interesses da criança, naquilo que se evidencia, claramente, como o melhor para ela.

Neste aspecto, torna-se evidente o quanto a lei precisa sofrer certa flexibilização, como forma de se alcançar o verdadeiro ideal de justiça.

Não obstante a importância do Cadastro Nacional de Adoção, que coloca a bom termo os diversos interesses que pairam sobre a perfilhação, em casos excepcionalíssimos, é possível que a adoção se dê sem a inscrição dos adotantes no referido rol, tendo em vista o princípio do melhor interesse do menor (REsp 1.289.318/RN, Relator: Ministro Marco Buzzi).

O rigor procedimental tem a sua lógica de existir. A burocracia visa o bom deslinde das relações jurídicas, mas deve ser mitigada com base, principalmente, no princípio do melhor interesse com a finalidade de trazer maior efetividade ao instituto, já que para as crianças e adolescentes que estão à espera da adoção, cada dia é precioso.

⁶Hipóteses de adoção contida no art. 166 do ECA, que se denomina de adoção consentida ou *intuitu personae*, na qual os pais biológicos abdicam do pater familia e direcionam a criança ou o adolescente a uma pessoa previamente escolhida (AREsp 220138 RN Ministro MARCO BUZZI).



7 CONCLUSÕES

O Cadastro Nacional de Adoção, apesar da sua importância para os processos de adoção, não constitui um microsistema autônomo e, muito menos uma diretriz absoluta, pelo contrário impõe interpretação sistemática e em conformidade com os princípios constitucionais.

Principalmente, se aceitarmos, a partir da análise dos dados do Cadastro, que o sistema de adoção da maneira como está, corrompido pela burocracia e pelos prazos, inviabiliza para muitas crianças e adolescentes a única possibilidade que lhes restam de estabelecerem vínculos afetivos e de ter uma família socioafetiva. A adoção é a concretização do direito fundamental à convivência familiar. Por essa razão é inconcebível uma lei, destituída de sua finalidade social ser aplicada. Inexiste qualquer hierarquia legal entre a família biológica e a socioafetiva, o que demanda interpretação da lei de adoção em harmonia com os princípios fundamentais que tutelam as relações parentais.

Após a análise dos julgados é possível afirmar que o posicionamento do STJ vem se firmando no sentido de flexibilizar a aplicação das regras do Cadastro, diante de uma relação socioafetiva consolidada. De modo a prevalecer o princípio do melhor interesse e as reais vantagens para o adotando, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Ratificando assim, a necessária harmonização que se impõe aos casos concretos de adoção “*intuitu personae*” e o Cadastro.

A escolha dos pais ou da mãe de entregar seu filho para pessoa ou famílias nas quais confia não configura um ato de rejeição. Paradoxalmente, pode ser um ato de amor, uma tentativa de dar uma vida melhor ao filho e precisa ser considerado os reais motivos, afastando, claro, quaisquer circunstâncias escusas. Ninguém melhor que os genitores biológicos para escolher a quem pode confiar seu filho para formar relação familiar cercada de afeto.



O direito ao estado de filiação é direito indisponível e, portanto, é inconstitucional atribuir exclusividade ao Cadastro Nacional de Adoção, prestigiando o procedimento em detrimento do melhor interesse da criança e da primazia absoluta.

A CF/88, nos mesmos moldes da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), reconhece a família como base da sociedade, independente da origem e do arranjo familiar, como “locus” privilegiado de realização de cada um dos seus membros. Por extensão o princípio fundamental da convivência familiar representa “o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças” (LÔBO, 2015, p. 68).

Sob a perspectiva da constitucionalização do direito civil, a interpretação do Cadastro deve ser feita em conformidade com os princípios constitucionais, da igualdade da filiação (Art. 227, §6º), do melhor interesse e da igualdade entre as parentalidades socioafetiva e biológica, sem primazia desta sobre aquela.

Por fim, enquanto o formalismo exagerado da lei prevalecer e houver resistência a olhar o caso concreto com as suas especificidades, a adoção no Brasil colidirá com o princípio do melhor interesse dos adotáveis.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. Adoção como direito preferencial. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM, v.12 (nov./dez), 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 32.

LOBO, Paulo. **Direito Civil; famílias**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.) Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Código civil da família anotado**. 2ªed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p.97.



PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. **Direito de família e o novo código civil**. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (Coordenadores). 4^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

.....



OS EFEITOS JURÍDICOS DA “ADOÇÃO À BRASILEIRA” SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO STJ

.....
Maria Helena Leiro Bancillon de Aragão¹

Maria Rita de Holanda Silva Oliveira²

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é voltado para a análise dos efeitos jurídicos da “adoção à brasileira” conforme jurisprudência do STJ.

Primeiramente, para melhor compreender a problemática, é preciso distinguir a adoção da “adoção à brasileira”. Do ponto de vista legal, o ECA/90, em seu art. 19, lembrando o caput do art. 227 da Carta Magna, assegura a convivência familiar e comunitária da criança e adolescente, seja na família natural ou, excepcionalmente, na família substituta. Alguns artigos depois, já passa a definir que a colocação em família substitua far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção (art. 28). Por último, no art. 41 afirma que a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes biológicos, salvo para efeitos de impedimentos legais.

Como se poder observar, em que pese a legislação brasileira não apresentar uma definição exata do que se entende como adoção, acaba por fornecer elementos inerentes ao instituto, a partir dos quais a doutrina foi delimitando o que se entende atualmente por adoção. Nesse sentido, Maria Helena Diniz apresenta o seguinte conceito:

¹ Graduanda do 10º período do curso de Bacharelado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco.

² Doutora em Direito Privado pela UFPE; Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP; Professora do Curso de Direito da Universidade Católica de Pernambuco; Presidente do IBDFAM/PE; Advogada.



A adoção vem a ser o ato judicial pelo qual, observados os requisitos legais, se estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha. Dá origem, portanto, a uma relação jurídica de parentesco civil entre adotante e adotado. (DINIZ, 2014, p. 571-572)

Traduz-se, portanto, em uma ficção legal, na medida em que a lei permite que seja registrada tal filiação no assento de nascimento do adotado, embora não corresponda à verdade real, criando, assim, uma ficção autorizada por lei, que será capaz de produzir efeitos como se real fosse. Dessa forma, uma vez concluído o processo de adoção, com o trânsito em julgado da sentença, o adotado investe-se integralmente na categoria de filho. Justamente por obedecer a todo o trâmite determinado pelo Estatuto das Crianças e Adolescentes, alguns doutrinadores, para diferenciá-la da “adoção à brasileira” denominam a adoção de “adoção estatutária” (MADALENO, 2016).

Já a denominada “adoção à brasileira” consiste no registro da filiação daquele que se sabe não ser filho biológico sem cumprimento prévio do procedimento legal, razão pela qual não pode efetivamente ser considerada adoção, sendo tal denominação meramente doutrinária/didática. É tipificada no Código Penal Brasileiro, porquanto o art. 242 prevê como crime as condutas de “dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil”.

Paralelamente, o amplo estímulo à adoção e expansão da teoria da socioafetividade³ nos últimos anos acabou por naturalizar que os pais biológicos entregassem os filhos para a adoção, aumentando o número de crianças na espera para ser adotada. Além disso, ao mesmo tempo, a “adoção à brasileira” era utilizada em larga escala, sendo valorada positivamente ao chegar ao Judiciário e por mais que se tenha e se verifique a nobreza do ato, a adoção à brasileira foge do controle estatal, de maneira que

³ A socioafetividade surgiu na doutrina jurídica brasileira na segunda metade da década de 90, principalmente através dos estudos de Fachin.



o Estado fica impossibilitado de monitorar se o ato está sendo praticado à luz do melhor interesse da criança e se estão sendo respeitados os direitos fundamentais – da personalidade, da dignidade, etc. – do adotado.

Por isso, a Nova Lei de Adoção (Lei n. 12.010/09), também denominada de Lei Nacional de Adoção, propôs uma reformulação, uma mudança de paradigma, reforçando a responsabilidade parental (ROSSATO; LÉPORE, 2009). Com esse intuito, tornou a adoção uma medida excepcional, priorizando a família natural e contrariando a teoria da socioafetividade, pois em seu bojo valoriza mais a família biológica do que a socioafetiva. Nesse diapasão, a orientação para atuação do Estado priorizando a família natural é explícita, tendo sido consignada no §1º do artigo 1º da referida lei:

Art. 1º (...)

§ 1º A intervenção estatal, em observância ao disposto no caput do art. 226 da Constituição Federal, será prioritariamente voltada à orientação, apoio e promoção social da família natural, junto à qual a criança e o adolescente devem permanecer, ressalvada absoluta impossibilidade, demonstrada por decisão judicial fundamentada.

Destarte, a entrega da criança para adoção só deve se dar depois de constatada a impossibilidade de permanência na família natural, inclusive no que se convencionou nomear de família extensa, isto é, aquela além do núcleo familiar, formada por parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e mantém vínculo de afinidade e afetividade. A exemplo disso, a referida lei alterou o artigo 19 do ECA, acrescentando no § 3º que a manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência.

Além disso, a Lei Nacional de Adoção propôs procedimentos mais rígidos para controle e inibição da prática da “adoção à brasileira”, desde a fiscalização nas maternidades até a colocação das crianças e adolescentes em acolhimento. Tome-se como exemplo o fato de que o procedimento atual da adoção consiste na inscrição em cadastro das crianças submetidas à adoção e dos postulantes, o que para os primeiros só ocorre com a impossibilidade de permanência na família extensa e para os últimos após requerimentos destes, sendo tal inscrição intermediada pelo Poder Público. Dessa forma,



incumbe ao Poder Público averiguar a impossibilidade de permanência da criança ou adolescente na família extensa e deferir a inscrição daqueles que pretendem adotar quando verificar o atendimento aos requisitos legais.

Apesar das imposições legais, o novo paradigma do direito de família que surgiu no Brasil no século XX, com base na afetividade, valoriza a convivência familiar, não obstante a sua origem. Dessa forma, o afeto passou a ter valor jurídico consignado no princípio da afetividade, o qual, por sua vez, deriva dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar e conecta-se aos princípios da convivência familiar e da igualdade (LÔBO, 2017), e passou a refletir em todas as temáticas do direito de família, incluindo-se aí a filiação.

Daí a classificação doutrinária atual da filiação passar a abranger a filiação jurídica, por meio das presunções estabelecidas no CC/02; a biológica, que pode advir de uma reprodução humana “natural” ou assistida, pela consanguinidade ou pela genética; e a não biológica (ou socioafetiva), que pode se constituir pela adoção, posse do estado de filiação e a “adoção à brasileira”, que vem alçando *status* de filiação. Isto porque, em que pese sua ilegalidade, é fato que na adoção à brasileira, também pode ocorrer a posse de estado de filho e constituir, ainda que acidentalmente, uma filiação socioafetiva, fundada nos laços desenvolvidos entre o adotante e o adotado.

Por outro lado, desde 2013, vem surgindo uma série de atos administrativos por parte de instituições que promovem verdadeira invasão da reserva legal e facilitam em certa medida a concretização da adoção à brasileira, quais sejam, provimentos locais de tribunais estaduais que permitem o registro extrajudicial da filiação socioafetiva sem grande dilação probatória ou averiguação da veracidade da informação que é levada ao Cartório, tampouco precedido do processo judicial exigido para concretização da adoção. Assim foi o inovador Provimento nº 09/2013 do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE)⁴

⁴ Em tal provimento, elaborado pela Corregedoria do TJPE, resolveu-se “autorizar o reconhecimento espontâneo da paternidade socioafetiva de pessoas que já se acharem registradas sem paternidade



e os Provimentos 15/2013 do TJCE, 21/2013 do TJMA, 264/2016 do TJPR, 149/2017 do TJMS, entre outros.

A partir disso, surge a controvérsia objeto do presente trabalho: já que ilegal e possuidora de forma defesa em lei, a adoção à brasileira, considerando a jurisprudência do STJ, é passível de anulação ou não? Sob outro enfoque, surge a segunda questão analisada: a mesma jurisprudência, considerando a afetividade presente, conduz a uma admissão da adoção à brasileira ou não?

O presente estudo partiu de uma coleta jurisprudencial e de levantamento bibliográfico que permitiu examinar o posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça, identificando quais são os parâmetros legais e doutrinários atuais utilizados nestas decisões judiciais. No levantamento descrito, foram coletadas 242 decisões, a partir do argumento temático da “adoção à brasileira”, e foram encontrados três importantes posicionamentos do STJ que merecem destaque.

2 A UTILIZAÇÃO DA PONDERAÇÃO

Em seu primeiro posicionamento firmado acerca da “adoção à brasileira”, o Superior Tribunal de Justiça registrava que a controvérsia deveria ser decidida à luz do caso concreto, como restou consignado no REsp 833.712/RS:

(...) nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e socioafetivos, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões (...) (REsp 833.712/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/05/2007, DJe 04/06/2007)

No REsp 833.712/RS, julgado em 17 de maio de 2007, o debate fixou-se quanto ao confronto entre o direito de conhecimento da verdade biológica –dito como decorrente

estabelecida, perante os Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais no âmbito do estado de Pernambuco”.



do princípio da dignidade humana - e a filiação socioafetiva constituída através da adoção à brasileira, isto é, no confronto entres os princípios da dignidade da pessoa humana e afetividade. Ambos os lados envolvem direitos fundamentais, eis que são ligados ao direito da personalidade de estado de filiação e à possibilidade de concretização do melhor interesse da criança, atendendo ao interesse da criação, educação, saúde, alimentação, lazer, cultura, dignidade, respeito, liberdade, e todos os direitos concernentes às crianças e adolescentes trazidos pela doutrina da proteção integral⁵.

Considerando que a matéria envolve princípios fundamentais ou ao menos princípios que são relacionados a direitos fundamentais, e que estes atualmente são considerados dotados de normatividade e aplicabilidade imediata e direta, não possuindo hierarquia normativa entre si, o STJ foi firmando posicionamento n sentido de que em julgamentos sobre "adoção à brasileira", a questão haveria de ser tratada de maneira peculiar, devendo ser consideradas as nuances de cada caso, e para tanto se utilizando da ponderação de princípios como meio de solucionar os conflitos.

Tal ponderação, proposta por Alexy como forma de solucionar ditas colisões, consiste no afastamento temporário de um princípio e aplicação daquele cujas possibilidades jurídicas e fáticas sejam maiores que o primeiro (JÚDICE, 2007). Em outras palavras: é uma operação analítica a fim de verificar qual trará maior prejuízo em caso de sua inaplicação, o que só poderá ser averiguado à luz do caso concreto.

Luís Roberto Barroso, considerando a importância dos princípios e assemelhando-se a uma forma de ponderação, também oferece uma interessante solução para o impasse resultante das colisões:

(...) os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio

⁵ Instituída no art. 227 da CF/88 e posteriormente incorporada pelo ECA (Estatuto das Crianças e Adolescentes), a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente estabelece direitos fundamentais das crianças e adolescentes que devem ser garantidos não só pelo Estado, mas também pela sociedade e pela família, e, sendo assim, constitui deveres fundamentais que a sociedade e família, pessoas exclusivamente privadas, possuem em face de tais sujeitos de direitos.



maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. (BARROSO, 1999, p. 147)

Outrossim, na doutrina brasileira em geral, especula-se que, enquanto a subsunção é utilizada para as regras, a ponderação é utilizada para os princípios. Contudo, Paulo Lôbo vem denotando sinais de reflexões mais abrangente, posto que entende que “a ponderação é um afazer que ocorre para o julgador tanto para o princípio quanto para a regra” (LÔBO, 2014, p. 25).

O STJ parece, então, filiar-se à ideia de uma parte da doutrina civilista que entende que decidir utilizando-se da ponderação permite a concretização de regras e princípios fundamentais na medida em que justamente por não oferecer solução única, os princípios admitem uma maior adequação à realidade social (LÔBO, 2014) e com isso firmam uma maior estabilidade jurídica, uma vez que, diferentemente das regras fundamentais, são considerados como tendo um suporte fático hipotético necessariamente abertos, sendo sua concretização mediada pelo intérprete. Assim, de acordo com esta corrente, é facultado ao ordenamento jurídico brasileiro acompanhar as transformações ocorridas na sociedade, a quem efetivamente ele serve.

Ademais, ressalte-se que nos princípios fundamentais são consignados valores constitucionais e que, em tese⁶, a segurança jurídica vem marcada pela obediência à legalidade constitucional, sendo assim, no tocante às decisões judiciais, cumpre, acima de tudo, ser a imagem especular do ordenamento jurídico constitucional (FACHIN, 2014), o que inicialmente poderia nos levar a crer que o STJ trilha um caminho de segurança jurídica.

⁶ Aqui cabe lembrar a existência de toda uma controvérsia quanto à correta utilização da ponderação e da metodologia civil-constitucional defendida por Paulo Lôbo amplamente aplicada pela doutrina civilista e criticada por estudiosos da hermenêutica como Lênio Streck, contudo, tais reflexões, embora sempre merecedoras de detidas análises, fogem do objeto do presente trabalho e tópico.



3 A PROTEÇÃO DOS INTERESSES DO ADOTADO

Posteriormente, a jurisprudência do STJ foi se firmando no sentido conferir proteção ao adotado à brasileira, por isso quando requerido pelo pai ou mãe registrais a desconstituição do vínculo socioafetivo, tende-se a decidir pela manutenção do estado de filiação, não obstante a anulabilidade do registro pelos impedimentos legais.

Claro que tal agir só se afigura razoável quando caracterizada a adoção à brasileira, posto que nesta há o reconhecimento voluntário e espontâneo da filiação socioafetiva, não se enquadrando em tal situação as hipóteses provenientes do reconhecimento eivado de vício, como quando o pai registral age sob erro ou coação. Tal observação também é cristalina registrada pela Corte em suas decisões.

De toda forma, tem-se, nos casos de negatória de paternidade/maternidade decorrentes de “adoção à brasileira”, como fundamentação maior a afetividade construída e, principalmente, o melhor/superior interesse da criança, bem como a doutrina da proteção integral da criança. Tal argumentação é fortemente materializada nas decisões acompanhadas, estando presente desde a primeira decisão considerada relevante até a última, conforme se observa em recente decisão ora citada: “(...) incide o princípio do melhor interesse da criança, que não pode ter a manifesta filiação modificada pelo pai registral e socioafetivo, afigurando-se irrelevante, nesse caso, a verdade biológica (...)” (REsp 1.613.641/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 23/05/2017, DJe 29/05/2017).

Atente-se para o melhor interesse da criança, o qual só pode ser verificado à luz do caso concreto, tal qual preconiza o primeiro posicionamento do STJ. É dessa forma pois, segundo Marianna Chaves, trata-se de um conceito jurídico indeterminado, devendo o juiz amoldá-lo aos fatos e à realidade social do caso em análise (CHAVES, 2010). Ainda assim, em ato contínuo, a referida autora em uma tentativa de evidenciar um direcionamento básico, definiu:

(...) pode-se tentar delinear o interesse do menor como sendo todos os critérios de avaliação e resolução que possam conduzir à certeza de que estão sendo atendidos todos os propósitos, que levam ao esperado desenvolvimento



educacional, ético e de saúde da criança, de acordo com os cânones vigentes. (CHAVES, 2010, p. 414)

Em consonância com a tese da Corte, Renata de Andrade aponta uma indissolubilidade do vínculo socioafetivo constituído não apenas no mundo fático, mas consolidado no mundo jurídico através do registro, ainda que não exista mais um grande afeto naquela relação, “afastando a insegurança que tal princípio viria a causar, se a sua aplicação tivesse a mesma *ratio* que nas relações matrimoniais em geral, em que a sociedade só tem existência enquanto permanecer o *affectus* que os uniu” (ANDRADE, 2010, p. 86).

Entretanto, paradoxalmente, quando do interesse do adotado de conhecer sua origem genética e reacender o vínculo biológico, sob a mesma argumentação e neste momento contrariando a tese da socioafetividade, o Superior Tribunal de Justiça resguarda o direito de tal adotado de conhecer a sua origem genética, não encontrando as mesmas dificuldades em dissolver no registro de nascimento o vínculo socioafetivo estabelecido com o adotado. Além disso, invoca-se a irrevogabilidade do reconhecimento, conforme consignado no art. 1610 do Código Civil de 2002, bem como o fato de que a ninguém é dado alegar a sua própria torpeza.

Nesses casos, ao levar em conta o princípio do melhor interesse da criança aponta que sobre esta “(...) jamais poderá recair prejuízo derivado de ato praticado por pessoa que lhe ofereceu a segurança de ser identificada como filha” (REsp 1.000.356/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 25/05/2010, DJe 07/06/2010).

Impende salientar que o direito ao conhecimento da origem genética perpassa por um fundamento de direito da personalidade, da qual é titular cada ser humano. Contudo, a doutrina alerta para a necessária distinção entre o direito de conhecimento da origem genética e o estado de filiação, sendo o primeiro um direito da personalidade e o segundo possuidor de natureza familiar (LÔBO, 2004). Assim, o primeiro ensejará uma sentença meramente declaratória, sem imputação da paternidade/maternidade, ao passo em que o segundo ensejará uma sentença declaratória e constitutiva, com atribuição dos efeitos



jurídicos próprios da relação filial. Desta feita, de acordo com a doutrina brasileira o direito de conhecimento à origem genética não teria o condão de anulação do registro. O próprio Paulo Lôbo explica que:

Não há necessidade de atribuição da paternidade para o exercício do direito da personalidade de conhecer, por exemplo, os ascendentes biológicos paternos do que foi gerado por dador anônimo de sêmen, ou do que foi adotado, ou que foi concebido por inseminação artificial heteróloga. Exemplos como esses demonstram o equívoco em que laboram decisões que confundem investigação da paternidade com direito à origem genética. (LÔBO, 2004, p. 53-54)

Corroborando com esse pensamento, a Nova Lei de Adoção inaugurou o referido direito no ordenamento jurídico brasileiro, por intermédio do at. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), conferindo aos adotados direito de conhecer sua origem genética, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

Observa-se, portanto, que o STJ vem realizando uma utilização errônea do termo “direito de conhecimento da origem genética”, porquanto muitas vezes o que pretende em suas decisões é a desconstituição do registro de nascimento, quando em atendimento aos interesses do adotado.

4 JULGAMENTOS DE HABEAS CORPUS E A DESCONSIDERAÇÃO DA MÁ-FÉ EM BURLAR O CADASTRO

Um interessante fenômeno foi observado na evolução da jurisprudência com o surgimento, a partir de 2012, de muitos Habeas Corpus referentes à adoção à brasileira para análise da Corte, existindo 21 HCs dentre as 242 decisões encontradas. Foi possível visualizar que isto se deu devido ao rigor da Nova Lei de Adoção (Lei 12.010/2009), que, como dito, visa extinguir a possibilidade da prática da adoção à brasileira, realizando um maior controle dos nascimentos ocorridos nas maternidades.

Tais HCs versavam sobre pedidos de busca e apreensão de menores, retirando-os da guarda daqueles que adotaram à brasileira ou assim o pretendiam ao burlar a ordem



do cadastro nacional de adoção para recolhê-los a abrigos institucionais. Observou-se que os Tribunais de Justiça Estaduais procediam com maior rigor nos processos que conduziam, geralmente determinando o acolhimento do menor.

Todavia, a controvérsia, ao alcançar o STJ, tem resultado em uma maior valoração da afetividade, independentemente do tempo de convívio, e do melhor interesse da criança, quando os adotantes preencherem os requisitos para adoção. Assim, em que pese a configuração da prática da adoção à brasileira, a Corte afirma ter o posicionamento de que:

A condução da criança a abrigo, quando ela possui lar e família que a deseja constitui violência maior que a fraude perpetrada contra o registro público ou contra os integrantes da lista de pretendentes à adoção. (...) Conforme se extrai dos autos, os “adotantes” tinham a real intenção de perfilhá-la, tanto é que lhe promoviam os cuidados de pais zelosos, proporcionando-lhe um lar, uma família, um nome. (...) O interesse manifestado pelos pais em regularizar a situação da adoção – com o ajuizamento da ação de guarda, da ação de adoção e, depois, combatendo judicialmente a retirada do lar – demonstra, ao menos em juízo perfunctória, o interesse em permanecer com o menor e indica que a permanência dele com o casal atende ao melhor interesse. (HC 331.121/PR, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 05/08/2015, DJe 07/08/2015)

Curiosamente, em caso mais grave de prática da adoção à brasileira com intuito de violação ao cadastro nacional de adoção, foi reconhecida a má-fé dos adotantes à brasileira e igual solução foi aplicada:

Não é menos verdade que a conduta dos requerentes foi extremamente reprovável, pois segundo colhe-se do acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina quando do julgamento da apelação, alterara a verdade dos fatos, além de terem realizado falso registro de nascimento, tendo estabelecido vínculo afetivo com os menores por se esquivarem de diligências judiciais expedidas ainda em 2011. Os casos de adoção à brasileira sempre provocam discussões acaloradas entre os que entendem deva ela ser sempre reprimida a todo custo, de modo a não ser premiada a má-fé dos adotantes e aqueles que pensam ser necessária a análise da situação em caso concreto, buscando identificar de que será possível atende o melhor interesse da criança. (...) Tais situações não podem ser analisadas sob critério puramente objetivo e legal, mas, ao contrário, por envolver vidas humanas, os critérios legais devem ser lidos sob o enfoque da sensibilidade do caso concreto. (...) Se não é possível premir a má-fé dos requerentes, também não é possível que por ela respondam crianças de tenra idade (AgRg na MC 23.725/SC, Rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 29/10/2015, DJe 04/11/2015)



Aqui é preciso chamar a atenção para o comportamento permissivo da jurisprudência que acarreta na inobservância da boa-fé, cláusula geral de conduta, inclusive perante aqueles que estão mais a frente na fila do cadastro nacional de adoção. Convenientemente olvida-se do princípio da boa-fé, eis que este “importa em forte mecanismo de controle da autonomia privada, bem assim na manutenção de um dever geral de conduta ético e socialmente correto” (CARVALHO, 2017, p. 190) e iria impor soluções distintas da ora praticada.

5 CONCLUSÃO

Destaque-se que o adotado parecer ter um interesse maior que o adotante, aos olhos do STJ. Note-se que, atendendo a tais interesses, esta Corte entende que o registro permeado de falsidade é capaz de produzir efeitos jurídicos, não obstante se trate de uma verdade reconhecidamente fictícia e não autorizada por lei. E ao mesmo tempo em que confere efeitos de adoção, registra que a “adoção à brasileira” não é igualmente irrevogável⁷, não vindo a produzir os efeitos de extinção dos vínculos biológicos, pois ao adotado é dado o direito de desconstituição da “adoção” realizada, se este assim quiser. Em resumo: deixa-se nas mãos do adotado o poder de desconstituição da adoção realizada à brasileira, se este assim quiser.

E mais, resta claro que o STJ não possui orientação jurisprudencial consolidada acerca do tema. Atente-se para o fato de que é uma discussão que abrange não só o âmbito infraconstitucional, mas também o debate constitucional, tendo em vista o viés

⁷ E aqui cabe a menção da lógica firmada pelo próprio STJ, posto que poderia vir a ser mais coerente analisar a “adoção à brasileira” a partir do foco de uma posse de estado de filiação, sendo este tratamento mais compatível com o que a Corte vem apresentando em seus julgados. Contudo, o STJ confere à “adoção à brasileira” um status de “adoção irregular”, estabelecendo uma maior conexão com a adoção estatutária, como se realmente adoção passasse a ser, conferindo portanto todos os efeitos. Igualmente Rolf Madaleno trata as duas como duas espécies de adoção ao passo em que em suas considerações acerca de uma possível multiparentalidade na adoção declara que “embora se trate de duas formas evidentes de adoção (à brasileira e a do ECA) com idêntica assunção de vínculos socioafetivos, pois em nenhuma delas existe o elo biológico (...)” (MADALENO, 2016, p. 13).



principiológico propiciado pela Carta Magna. Nesse sentido, é imprescindível lembrar o emprego equivocado do direito ao conhecimento da origem genética e da ponderação de princípios, passível de crítica por todos aqueles hermeneutas preocupados com o subjetivismo desenfreado que habita a atual jurisprudência.

Enfim, o que ocorre na prática da jurisprudência analisada são julgamentos que caminham a uma enorme insegurança jurídica devido às decisões sem uniformidade. Não somente isso, observa-se em certa medida indícios de ativismo judicial, pois, frente à ilegalidade imposta pelo legislador infraconstitucional, nas decisões, desvia-se deste caminho sob o manto de suposta preservação de direitos fundamentais, tanto é assim que a mesma argumentação produz efeitos jurídicos distintos a depender do interesse do adotado no momento. Dessa forma, apesar do comando penal proibitivo e as restrições impostas pela Nova Lei de Adoção, acaba por admitir a “adoção à brasileira”.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Renata Cristina Othon Lacerda de. Aplicabilidade do princípio da afetividade às relações paterno-filiais: a difícil escolha entre os laços de sangue e o afeto sem vínculos. In: Fabíola Santos Albuquerque, Marcos Ehrhardt Jr. e Catarina Almeida de Oliveira (Coord.). **Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 69-89.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. A vulgarização na utilização dos princípios e a subjetivação do direito civil: um recorte sobre a aplicação do princípio da boa-fé no direito de família. In: LÔBO, Fabíola Alburquer; EHRHARDT JUNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 173 – 191.

CHAVES, Marianna. Melhor interesse da criança: critérios para atribuição da guarda unilateral à luz dos ordenamentos brasileiro e português. In: Maria Berenice Dias, Eliene Ferreira Bastos e Naime Márcio Martins Moraes (Coord.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 407-438.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2014.



FACHIN, Luiz Edson. Segurança jurídica entre ouriços e raposas. In: Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Eduardo Nunes de Souza, Joyceane Bezerra de Menezes, Marcos Ehrhardt Junior (Org.). **Direito Civil Constitucional – A Ressignificação da Função dos Institutos Fundamentais do Direito Civil Contemporâneo e suas Consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 15-17.

JÚDICE, Mônica Pimenta. Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorica_principios_regras>. Acesso em: 11 dez. 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista CEJ**, Brasília: out/dez. 2004, nº 27, p. 47 – 56.

_____. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Metodologia do direito civil constitucional. In: Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Eduardo Nunes de Souza, Joyceane Bezerra de Menezes, Marcos Ehrhardt Junior (Org.). **Direito Civil Constitucional – A Ressignificação da Função dos Institutos Fundamentais do Direito Civil Contemporâneo e suas Consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 19-27.

_____. Relações de família e direitos fundamentais. **Revista IBDFAM**, Belo Horizonte: mar/abril 2014, nº 2, p. 9 – 22.

MADALENO, Rolf. Filhos adotados em confronto com os filhos destoados do Recurso Extraordinário 898.060 do STF. **Revista IBDFAM**, Belo Horizonte: out/nov 2016, nº 29, p. 13.

ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à lei nacional da adoção: Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009 e outras disposições legais: Lei 12.003 e Lei 12.004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. **Provimento nº 09/2013**, de 02 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/documents/10180/149195/PROVIMENTO+09-2013.doc+02.12.2013.pdf/a1415bce-2b42-4ca1-8529-9d4540dbc9db>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

.....



RELAÇÕES CONJUGAIS SIMULTÂNEAS

.....
Luciana da Fonseca Lima Brasileiro Auto¹

A possibilidade de reconhecer efeitos jurídicos às famílias simultâneas, é matéria de indiscutível importância no Direito Familiar contemporâneo, seja porque suscita posicionamentos divergentes acerca da legalidade de concessão de efeitos jurídicos às relações simultâneas; seja porque o reconhecimento afeta ainda questões de ordem cultural, religiosa e do comportamento humano, haja vista que é vinculado ao conceito de que vivemos numa sociedade monogâmica.

Essa premissa é reforçada por algumas regras que restringem direitos às relações concubinárias, a exemplo dos arts. 550 e 1.801 do Código Civil Brasileiro, que merecem críticas e pelo comportamento dos Tribunais Superiores, que firmaram o entendimento de que não pode haver o estabelecimento de mais de uma relação conjugal entre as pessoas, trazendo, em suas decisões, a confirmação de que as relações precisam ser exclusivas.

Contudo, da análise do Código Civil, é possível observar que os artigos acima trazem conteúdo equivocado e ainda, os demais artigos que se referem às relações concubinárias dão margem a interpretação diversa.

Antes de mais nada, importante esclarecer que o termo concubinato será aqui utilizado no sentido de relações conjugais simultâneas, ou seja, pessoas que mantêm mais de um relacionamento não eventual, com finalidade análoga a das relações estáveis constitucionalmente protegidas, ou seja, públicas, contínuas duradouras e com *animus* de constituição familiar. Assim, o uso do termo "concubinato" será feito com objetivo didático, uma vez que a análise do Código Civil será necessária, em relação às previsões de regras para as relações simultâneas.

¹ Mestre e Doutoranda em Direito Privado pela Universidade Federal de Pernambuco, advogada, professora universitária e estudante do Grupo de Pesquisa Constitucionalização das Relações Privadas da UFPE.



Isto porque no art. 550, *o legislador deixou clara sua pretensão de impedir que, em vida, pessoas em relações concubinárias beneficiassem umas às outras, na tentativa de evitar confusão patrimonial com o que chamou de “outro cônjuge”*. Em relação ao art. 1.801, que trata das pessoas impedidas a serem herdeiras ou legatárias, em mais uma regra de proteção patrimonial, o inciso III trata do concubino do testador casado, mas em seguida confunde a expressão concubinato com União Estável, e ainda, resgata regra de culpa em legislação revogada, qual seja, a lei 8.971/94. (BRASILEIRO, HOLANDA, 2014, p. 498)

Por outro lado, é fato que há regras inseridas na própria norma positivada que suscitam dúvidas quanto a esta exclusividade, a exemplo do art. 1708 do Código Civil Brasileiro, que autoriza a Exoneração de Alimentos pelo devedor, quando houver prova do concubinato do credor. Este artigo em especial, traz consigo uma previsão de grande importância, pois a presunção legal aplicada é de que credores de alimentos que assumem novas relações conjugais perdem o direito de recebê-los, pela compreensão de que a nova relação atrai o dever de solidariedade. Mais importante ainda perceber que a regra em questão equipara o concubinato à união estável ao casamento, senão vejamos: *art. 1708. Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos*. Alguns autores chegam a criticar a inserção da expressão concubinato no *caput* do artigo em análise, a exemplo de Rolf Madaleno, que alerta para o fato de que esta previsão poderia ser uma tentativa do legislador de *cercear a liberdade sexual da ex-mulher com investidas judiciais de recriminação aos relacionamentos afetivos do credor de alimentos* (MADALENO, 2017, p. 1491), mas o fato é que a equiparação dessas relações àquelas consagradas constitucionalmente alça o concubinato à condição de entidade familiar dotada de direitos-deveres, ainda que implícita ao art. 226 da CF/88.

Além dele, o art. 1727 merece uma análise mais crítica. Numa primeira análise, é possível deduzir que este artigo teve por finalidade diferenciar concubinato de União Estável, especialmente porque a primeira expressão foi, por muitos anos, utilizada para se referir à segunda, até que foi renomeada, a partir da Constituição Cidadã, na busca de uma

melhor adequação ao termo, afastando as relações estáveis do contexto discriminatório ou até mesmo reducionista de que são relações furtivas.

Contudo, apesar de estar previsto num capítulo destinado às Uniões Estáveis, é inegável que o legislador valorizou as relações concubinárias ao conceituá-las como as relações não eventuais, portanto dotadas de estabilidade, atribuindo-lhes efeitos jurídicos, a exemplo da regra aqui mencionada dos Alimentos.

Não se pode ignorar o fato de que o art. 1.727 também menciona o impedimento para o casamento como característica do concubinato, mas esse impedimento não pode ser interpretado como regra proibitiva de constituição de outras conformações familiares. Partir dessa premissa, seria reduzir ao casamento a formação de relações conjugais e, portanto, não admitir como entidades familiares as uniões estáveis entre pessoas separadas de fato, porque nesses casos persiste o impedimento para o casamento.

O fato é que a previsão legal não é proibitiva, mas simplesmente conceitual. Assim, ao contrário de comportar a interpretação de que se trata de regra excludente, ou seja, que não reconhece as relações pautadas em vivências simultâneas, deveria ser interpretado com inclusivo, sendo portanto aquelas relações que não se enquadram no conceito de casamento, nem de União Estável, mas de entidades familiares implícitas, com efeitos jurídicos próprios ou ainda, equiparáveis à União Estável em alguns aspectos. Não é por outra razão, aliás, que o seu conceito está previsto no Título III do Livro IV do CCB, destinado ao Direito de Família.

Essa interpretação mais democrática, amparada pelos princípios constitucionais que foram responsáveis pela pluralização das relações familiares, vem provocando pronunciamento dos Tribunais Brasileiros, no tocante à atribuição de efeitos jurídicos a estas relações que se estabelecem em simultaneidade a outra, conferindo-lhe as consequências de uma entidade familiar, a exemplo da partilha dos bens adquiridos na constância da relação (com presunção de esforço comum) em vida ou *post mortem*, ou ainda, nos casos de dependência econômica, a concessão de pensão alimentícia ou pensão por morte.



O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria previdenciária através dos Temas 526 e 529², se referindo o primeiro ao “concubinato de longa duração” e o segundo ao “reconhecimento jurídico concomitante” de união estável e relação homoafetiva. Em ambos os casos, a temática está voltada ao direito à concessão da pensão por morte em matéria previdenciária.

Forçoso reconhecer que o Pretório Excelso não poderá se manifestar neste julgado sem enfrentar a problemática do direito familiar. Isto porque a própria manifestação do Ministro Relator ao reconhecer a repercussão geral do Tema 526, foi pautada no art. 226, §3º da Constituição Federal, afirmando que o ponto fulcral da demanda é definir se é possível reconhecer direitos previdenciários *à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada*, o que leva a concluir que o ponto central do julgamento não será a matéria previdenciária, mas especialmente discutir a possibilidade, ou não de se atribuir efeitos jurídicos familiares às relações simultâneas. Em relação ao Tema 529, a fundamentação está toda pautada em princípios constitucionais, quais sejam: a dignidade da pessoa humana, proibição da discriminação e igualdade (arts. 1º, III, 3º, IV e 5º, I da Constituição).

Importante ainda esclarecer, que a jurisprudência atual já tem precedentes de reconhecimento de famílias simultâneas, que orbitam pelo direito a Alimentos e partilha de bens entre vivos ou *causa mortis*. E as decisões também apresentam critérios diferentes para o reconhecimento, sendo certo que algumas se pautam no critério do desconhecimento da simultaneidade das relações, para atribuir à boa-fé de uma das partes o reconhecimento do direito; e outras, no amplo conhecimento de todas as partes

² Tema 526 – Possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários;

Tema 529 – Possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o conseqüente rateio da pensão por morte.

envolvidas da simultaneidade de relações, sendo forçoso reconhecer que nessas situações a boa-fé reside na franqueza desta publicidade. O argumento de boa-fé, portanto, aplica-se a ambas as hipóteses, fazendo cair por terra a construção doutrinária de que só é possível reconhecer a simultaneidade de relações quando houver putatividade.

Acrescente-se a isso, o importante precedente do STF, de reconhecimento de entidades familiares implícitas ao art. 226, numa interpretação inclusiva desse artigo, que traz três tipos exemplificativos, e não em rol taxativo de entidades familiares. Ao se pronunciar sobre a constitucionalidade das uniões homoafetivas, o Supremo firmou o compromisso constitucional com a mínima intervenção estatal, o exercício da autonomia privada e ainda, a consagração do direito à busca da felicidade. Ainda, reconheceu a família como *locus* de realização pessoal, tratando-se a sua constituição de direito subjetivo. Este precedente é de grande valor, porque alça as uniões simultâneas à mesma condição. Torna-se difícil imaginar como não conceder efeitos jurídicos quando a relação, ainda que simultânea, preencher todos os requisitos para caracterização da entidade familiar como a afetividade, que a distancia de outros institutos jurídicos; durabilidade ou estabilidade, que demonstra sua solidez e descaracteriza relações episódicas ou intermitentes; ostensividade ou publicidade, que desnatura as relações clandestinas, como ocorre nas relações incestuosas.

Por outro lado, importante lembrar que a primeira turma do STF, em julgamento ao RE 397762, oriundo da Bahia, posicionou-se contrariamente ao rateio da pensão por morte entre companheira e concubina, delimitando a proteção do Estado *apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato* (BRASIL, STF, 2008).

Para além de impor ao concubinato a condição de relação "ilegítima", a ementa é finalizada com a negativa de direito à concubina, por entender que ocorreria *em detrimento da família*. Isto porque, numa análise detida do julgado, a preocupação do Relator foi de identificar a diferença conceitual entre concubinato e União Estável, considerando que apenas esta última teria proteção legal, partindo da interpretação cultural de que vivemos numa sociedade monogâmica.



O julgamento teve o louvável voto do Min. Ayres Britto vencido, que já alertava para dois elementos de grande importância: a um, a especial proteção conferida pelo Estado à família; e a dois, o dever de solidariedade que impera entre as pessoas da família. Por fim, chamou atenção para a importância de enxergar a família como *locus*, como espaço de realização pessoal.

Então, merece crítica o julgado que reduz a família a uma mera classificação restrita a três tipos familiares, claramente exemplificados pelo art. 226 da Constituição e o julgamento das uniões homoafetivas indica que o STF reconheceu, desde então, essa visão mais democrática e plural.

Atribuir efeitos jurídicos às uniões simultâneas tem ainda, outro propósito, qual seja, de assegurar o respeito ao dever de responsabilidade recíproca em toda relação. A manutenção das famílias simultâneas na invisibilidade representa um não direito às pessoas envolvidas nessas relações. Desproteger uma das partes, afastando a concessão de efeitos jurídicos, pode representar, em muitas circunstâncias, o enriquecimento ilícito da outra parte que, por exemplo, deixaria de ser condenada ao pagamento de Alimentos, ou ainda, deixaria de partilhar patrimônio comum pela ausência de reconhecimento da entidade familiar.

A manutenção dessa equivocada interpretação, ainda vem gerando situações de insegurança jurídica, porque está ao alvedrio dos Tribunais o uso da norma conforme o caso concreto. A exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, que vem firmando o posicionamento de que o concubinato não gera nenhum efeito jurídico, em recente decisão, preservou para uma senhora o direito a receber Alimentos, chamando atenção a necessidade dos julgadores em “justificar” a decisão. A demandante manteve relação simultânea com um homem casado por mais de 40(quarenta) anos e a decisão registrou que os alimentos estavam sendo mantidos, basicamente, em razão da idade da Alimentanda e ainda, na ilação de que o relacionamento não representava mais “riscos” à

manutenção do casamento. Ou seja, partiu da ideia de que naquela relação, havia boa-fé, em razão do conhecimento amplo da existência de relacionamentos simultâneos.³

A ementa registrou ainda que o concubinato, *ainda que de longa duração*, não gera direito a Alimentos, *pois a família é um bem a ser preservado a qualquer custo*. Contudo, nesse caso especificamente, concluíram os julgadores que a relação perdurou por tanto tempo, que não trazia mais “riscos” à “família” e que, portanto, não seria razoável deixar em desamparo a concubina. Ou seja, o Tribunal reconheceu que naquela circunstância, o concubinato merecia proteção do Estado, ainda que não seja considerado família.

Existe, portanto, um grande risco na decisão que confere direitos a uma relação que, mesmo sem gerar efeitos jurídicos - na interpretação dos julgadores -, merece proteção jurídica, por se tratar de um caso peculiar. É de se indagar quais foram os critérios utilizados para que aquele caso fosse considerado peculiar e os demais, submetidos aos mesmos julgadores, não. É possível atribuir dever a quem não tem vínculo familiar, em favor de toda pessoa idosa? Qual o fundamento da decisão? Em que situação jurídica se

³ RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO DE LONGA DURAÇÃO. CONDENAÇÃO A ALIMENTOS. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL. CASO PECULIARÍSSIMO. PRESERVAÇÃO DA FAMÍLIA X DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. SUSTENTO DA ALIMENTANDA PELO ALIMENTANTE POR QUATRO DÉCADAS. DECISÃO. MANUTENÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA PREEXISTENTE. INEXISTÊNCIA DE RISCO PARA A FAMÍLIA EM RAZÃO DO DECURSO DO TEMPO. COMPROVADO RISCO DE DEIXAR DESASSISTIDA PESSOA IDOSA. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA. 1. De regra, o reconhecimento da existência e dissolução de concubinato impuro, ainda que de longa duração, não gera o dever de prestar alimentos a concubina, pois a família é um bem a ser preservado a qualquer custo. 2. Nada obstante, dada a peculiaridade do caso e em face da incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas, há de se manter a obrigação de prestação de alimentos a concubina idosa que os recebeu por mais de quatro décadas, sob pena de causar-lhe desamparo, mormente quando o longo decurso do tempo afasta qualquer risco de desestruturação familiar para o prestador de alimentos. 3. O acórdão recorrido, com base na existência de circunstâncias peculiaríssimas - ser a alimentanda septuagenária e ter, na sua juventude, desistido de sua atividade profissional para dedicar-se ao alimentante; haver prova inconteste da dependência econômica; ter o alimentante, ao longo dos quarenta anos em que perdurou o relacionamento amoroso, provido espontaneamente o sustento da alimentanda -, determinou que o recorrente voltasse a prover o sustento da recorrida. Ao assim decidir, amparou-se em interpretação que evitou solução absurda e manifestamente injusta do caso submetido à deliberação jurisprudencial. 4. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes tratam de situações fáticas diversas. 5. Recurso especial conhecido em parte e desprovido.



enquadra a relação das partes, se não for do Direito Familiar? São perguntas que merecem resposta, caso não se considere que merecem uma análise mais detida da própria legislação vigente.

As relações pautadas na afetividade, que sejam duradouras, contínuas, ostensivas e com *animus* de constituição de família, porém simultâneas a outro relacionamento, são, no Brasil, entidades familiares, e negar-lhes efeitos jurídicos é, além de atentatório à dignidade humana, fechar os olhos para os direitos e deveres oriundos da relação, prejudicando, certamente, aquele que faria jus aos direitos e premiando, aquele que faria jus aos deveres, quando não forem absolutamente recíprocos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 397762/BA, Relator: Min. Marco Aurélio, Org. Julgador: Primeira Turma, DJe: 11/09/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1185337/RS, Relator: Min. João Otávio de Noronha, Org. Julgador: Terceira Turma, DJe: 31/03/2015.

BRASILEIRO, Luciana; HOLANDA, Maria Rita. A proteção das pessoas nas famílias simultâneas. (Coord. Científica: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson; LOBO, Paulo/ Org.: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de.; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JR., Marcos). Direito Civil Constitucional: A ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil Contemporâneo e suas consequências. Florianópolis, Conceito editorial, 2014. P. 495-508.

MADALENO, Rolf. Direito de Família – 7ª ed. Ver., atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

.....



RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE

Renata Oliveira Almeida Menezes¹
Veruschka Martins de Miranda Muniz de Farias²

1 INTRODUÇÃO

No Brasil verifica-se que há um aumento crescente e significativo de demandas sobre responsabilidade civil que objetivam a reparação de danos causados por advogados, que no exercício de suas atividades profissionais, privaram os seus clientes da oportunidade de ter um benefício ou de evitar determinado prejuízo.

São inúmeros os exemplos de atuação falha ou incompleta por parte de advogados, então, diante da impossibilidade de certeza de qual seria o resultado dos atos que deixaram de ser cometidos, existe dano indenizável? Seguindo esse raciocínio, o advogado, que no exercício de seu mandato age desidiosamente, mesmo que não cause, necessariamente, dano ao seu cliente, é passível de responsabilização pela perda de uma chance?

Em resposta as contínuas transformações sociais e suas respectivas exigências, a responsabilidade civil foi obrigada a acompanhar essa evolução, o que ensejou a criação de diversas teorias com o intuito de resguardar os direitos dos vitimados. O instituto da responsabilidade civil redirecionou o seu eixo, que saiu da condenação do autor do dano para a reparação da vítima. O que deu margem ao surgimento da reparação pela perda de uma chance.

¹ Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA – Universidad Del Museo Social Argentino. Mestre e doutoranda em Direito Privado pela UFPE – Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito pela FACISA – Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas.

² Advogada. Especialista em Direito Contratual pela UFPE – Universidade Federal de Pernambuco.



Por meio deste, demonstrar-se-á a inegável aceitação da teoria da perda da chance no Brasil, inclusive nas hipóteses envolvendo advogados, e que a sua aplicação muitas vezes é equivocada, devido à carência de uma fundamentação teórica consolidada sobre o assunto e de normatização no ordenamento pátrio. Verificar-se-á que a doutrina é tímida e a jurisprudência dissonante.

A partir de uma abordagem hipotética-dedutiva e também dialética, será feita uma análise conceitual doutrinária, bem como uma comportamental da jurisprudência, ao longo dos anos que passou a aceitar a teoria francesa *“la pert d’une chance”*, no âmbito da advocacia e no contexto da atualidade no Brasil. Será tratada aqui a responsabilidade dos advogados na qualidade de profissionais liberais e não quando esses são servidores públicos, nem quando atuam em sociedade de advogados.

Demonstrar-se-á qual o dano passível de reparação pela perda de uma chance, no campo de atuação do advogado que age com desídia, eis que a teoria objetiva indenizar apenas os danos, efetivamente, prováveis e potenciais, considerando-se a atividade de meio e não de resultado desse profissional. E que a mesma encontra limites, já que não é qualquer dano que pode ser reparado pela oportunidade perdida, é um dano que não pode ser presumido somente pelo ato ilícito em si. São necessários requisitos essenciais para a sua concessão, bem como sejam observados determinados critérios para sua quantificação, o que será exposto. Constatar-se-á também, que uma análise casuística acurada é fundamental.

Diante das mencionadas nuances que orbitam o universo da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance, serão apresentados e contrapostos os conceitos, as premissas e os elementos clássicos e contemporâneos, que sustentam o instituto, ensejando uma melhor compreensão e devida aplicação do mesmo nas hipóteses em que, de fato, são cabíveis.



2 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

2.1 ASPECTOS GERAIS

O Direito tangenciou por muito tempo as questões envolvendo a perda da oportunidade de se obter um benefício ou de se evitar um prejuízo. Isso porque era impossível afirmar com certeza se a vantagem seria, de fato, obtida se não fosse o ato do agente. Então, a existência desse dano diverso da perda do ganho esperado, era ignorada.

Entretanto, houve um significativo avanço no estudo das estatísticas e probabilidades, o que possibilitou a criação de algumas “leis do acaso”, (SAVI, 2006, p. 10) e tornou possível e legal perquirir as chances de um ganho futuro, que foram culposamente perdidas por atos de outrem. Os danos diversos da vantagem esperada foram definitivamente aceitos como reparáveis, sob o reconhecimento da existência de uma possibilidade de ganho, que diverge do ganho final. Todavia, importante enfatizar que a chance perdida só será indenizável se houver, realmente, uma probabilidade suficiente, a chamada oportunidade séria e real e não apenas uma mera possibilidade.

A Teoria da Perda de uma Chance foi utilizada, pioneiramente, na França em 1889, pela Corte de Cassação francesa, que concedeu indenização a um demandante pelas possibilidades extintas de ganhar a ação, face à atuação culposa de um oficial ministerial. Posteriormente, em 1911 apareceu na Inglaterra em seu sistema da *common law*, no caso *Chaplis V. Hicks*.

Desde então, a teoria após acirradas discussões e enfáticas discordâncias, difundiu-se amplamente e consolidou-se pelos mais diversos ordenamentos jurídicos. A partir do que preconiza a aludida teoria foi possível perceber que o dano existente difere do dano da perda da causa, e consiste na perda da oportunidade de obter um resultado favorável. É passível de prova de certeza e de quantificação, desde que a chance seja séria e real. Imprescindível a existência dos requisitos essenciais da responsabilidade civil para se conceber o uso do instituto. “A perda da chance está caracterizada quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro do razoável ocorreria se



as coisas seguissem o seu curso normal” (TARTUCE, 2012, p. 470). Nesta seara encontram-se, os danos causados pela conduta comissiva ou omissiva do advogado.

O dano que se busca reparar na perda de uma chance não é o que efetivamente se perdeu, tampouco aquilo que deixou de lucrar, mas somente a oportunidade de auferir uma vantagem, fundada em uma grande probabilidade. Facilmente, percebe-se que as chances perdidas aparecem como uma nova categoria de dano indenizável, pois possuem características próprias não se enquadrando nas categorias de danos clássicos, mas também com capacidade de ensejar indenização, entendimento este de uma forte corrente doutrinária. Pode-se afirmar que é espécie de dano que flutua entre o dano emergente e o lucro cessante. Desde que a chance seja suficiente, comungam desse pensamento os renomados juristas, Caio Mário da Silva Pereira, Miguel Maria de Serpa Lopes e Sílvio de Salvo Venosa (SAVI, 2006, p. 40).

Entretanto, há doutrinadores que não vislumbram a perda da chance como uma nova categoria de dano por entenderem, que na maioria das situações os danos são hipotéticos ou eventuais, na medida em que os artigos 186 e 403 do Código Civil exigem o dano presente e efetivo. Para os que adotam esse posicionamento, a perda da chance trabalha com suposições e boa parte, das hipóteses citadas pelos adeptos da teoria poderia ser enquadrada em danos morais, o que dispensaria a necessidade da vítima de provar que a chance é séria e real (TARTUCE, 2012, p. 470).

Há ainda, autores que tratam a perda de uma chance como uma espécie de lucros cessantes, todavia, esse pensamento implicaria em crer, que na hipótese de um advogado ter deixado de interpor um recurso, o cliente prejudicado teria que fazer prova de que o recurso acaso interposto seria provido, o que é impossível, dado o caráter aleatório de um processo judicial. Independentemente de como são consideradas as chances perdidas, se dano material ou moral, dano emergente ou lucro cessante, a maior parte dos doutrinadores admite que a chance, caso seja séria e real, possui valor pecuniário e assim passível de reparação. (SAVI, 2006, p. 43 e 49).



Bastante tênue o limiar que separa o dano da perda de uma chance do dano hipotético e eventual, o que dificulta a aplicação do instituto, pois para ser passível de reparação o dano deve revestir-se de certeza e não apenas representar uma expectativa subjetiva. Acontece que, por sua própria natureza a chance é uma incógnita.

O cerne da questão é exatamente identificar a existência do dano, em razão da álea inerente aos casos de perda da chance que, permanentemente, se contrapõe à ideia de certeza, pelo fato de ser impossível provar que foi a conduta do agente que acarretou a perda da chance. Porém, a peculiaridade precípua da perda de uma chance é a certeza da probabilidade. “No dano proveniente da chance perdida, é certa a existência da própria chance, entidade tutelada juridicamente e passível de valoração econômica, mas é completamente incerto se ela iria ou não se concretizar” (EHRHARDT JÚNIOR; PORTO, 2016, não paginado).

Para Savi (2006, p. 102), este problema da certeza resta resolvido se a chance for considerada como uma espécie de propriedade anterior da vítima que sofreu o dano, já que o fato danoso não recai sobre a vantagem esperada, mas sobre um bem já existente, que integra o patrimônio daquele que foi lesado. Se a perda de uma chance for inserida no conceito de dano emergente, elimina-se o problema da certeza, porque ao invés de se querer indenizar a perda do ganho esperado, indeniza-se a perda da chance de se obter esse ganho. Não é qualquer oportunidade perdida que possui força capaz de obrigar o agente causador do dano a repará-lo. É indenizável, apenas, a chance que for séria e real, aquela assentada na probabilidade de um ganho e na certeza de que determinado ato impossibilitou, definitivamente, a busca da vantagem. Esperanças aleatórias não são reparáveis.

Parte da doutrina adota um rigoroso método de classificação quanto à seriedade e certeza das chances perdidas. Só deve ser reparada a chance perdida que possui probabilidade de sucesso, acima de 50%, da obtenção da vantagem final. Contrapondo-se a esse rigor, há o entendimento bastante apropriado, de que chances com percentual menor de 50% podem ser reais, desde que devidamente investigadas casuisticamente,



com maior grau de rigidez, para se evitar ações de caráter meramente especulativo, principalmente nos casos envolvendo advogados, haja vista que a natureza da atividade advocatícia é de meio e não de resultado. O dano oriundo da perda da chance não pode ser considerado *in re ipsa*, compreender de forma diferente pode ensejar o enriquecimento sem causa.

A preocupação em relação ao percentual de probabilidade de ganho da chance é bastante pertinente, porque esse é o critério mais utilizado para a classificação da chance como séria e real. Usa-se o parâmetro de percentual de ganho da chance para separar os danos prováveis (indenizáveis) dos danos hipotéticos (não indenizáveis). Todavia, por certo, não há como se desprezar as chances de percentual contíguo aos 50%, porque, na prática, não se vê desnível considerável entre uma chance de 50% e outra inferior, mas próxima a essa proporção, que respectivamente possa fazer com que uma seja reparável e a outra não.

2.2 A PERDA DA CHANCE NO BRASIL

A doutrina brasileira vinha apresentando tímidas produções no âmbito da perda de uma chance. Contudo, atualmente, demonstra estar inquietante e em processo de aperfeiçoamento desta temática, devido às exigências impostas pelas novas demandas sociais. Estudos anteriores, já vislumbravam a possibilidade de indenização pela chance perdida, a despeito da oposição de parte da doutrina em aceitar a responsabilidade pela perda de uma chance.

Destaca Peteffi da Silva (2013, p. 191-192), a manifestação de Aguiar Dias sobre um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, datado de 1936, onde este autor chamou o desembargador de 'magistrado bisonho', por ter negado a responsabilidade de um advogado pela falta de preparo, em sede de recurso de apelação trabalhista, porque isso não constituiria um dano. Manifestação esta, que explica que por má informação sobre o conceito de dano, o *an debeatur* e o *quantum debeatur* foram confundidos.



A diferença do dano pleiteado na perda de uma chance já era percebida, apesar da resistência por parte da doutrina em reconhecer esse tipo de lesão, pelo fato de acreditar ser impossível provar que o resultado favorável aconteceria se não fosse a ocorrência do fato danoso. Entretanto, conforme explanado anteriormente, a chance perdida pode ser verificada, a partir de alguns critérios e requisitos que devem ser analisados minuciosamente no caso concreto. Deve ser realizada uma profunda investigação da seriedade da chance, identificando se realmente existe uma oportunidade de ganho suficientemente reparável.

A teoria da perda de uma chance é aceita no direito brasileiro porque o dano que daí provém é um dano certo, a própria chance que pode ser identificada e que foi extinta por ato de determinado agente. Então, "A indenização corresponde à chance (certa) e não ao resultado buscado (incerto) e, por isso, encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro" (EHRHARDT JÚNIOR; PORTO, 2016, não paginado).

Em novembro de 2011, na V Jornada de Direito Civil foi aprovada, por unanimidade, o Enunciado 444 que preceitua que a reparação pela perda de uma chance abrange tanto os danos extrapatrimoniais, quanto os patrimoniais. Uma simples chance tem valor pecuniário, assim como a perda desta pode acarretar prejuízo extrapatrimonial.

Relevante a aprovação do enunciado porque evidenciou qual a natureza dos danos abrangidos na perda da chance, esclarecendo que tanto os danos extrapatrimoniais quanto os patrimoniais podem ser indenizados com fulcro nesta teoria e ainda pôde eliminar um grande erro conceitual, o do pensamento equivocados, de que a indenização pela perda de uma chance está adstrita aos danos extrapatrimoniais. Restou aclarado, que a teoria coexiste de modo harmônico com danos morais e patrimoniais, podendo revestir-se, a depender do caso concreto, da natureza jurídica de um ou de outro. Respeitadas as suas peculiaridades o dano pode ser extrapatrimonial ou patrimonial.



3 PERDA DE UMA CHANCE POR ADVOGADO

3.1 HIPÓTESES DE APLICAÇÃO

A aplicação da teoria esbarra na problemática de provar o dano, face às dificuldades encontradas para a sua identificação, tendo em vista a álea inerente aos casos envolvendo advogados, inobstante a evolução do instituto da responsabilidade civil com suas muitas repercussões e da aceitação da teoria, não existe no Brasil consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da responsabilidade civil do advogado pela perda da chance.

Em outra época, parte da doutrina resistia em aceitar a reparação pela perda de uma chance envolvendo advogados, a exemplo de casos de omissão do causídico, em interpor recurso cabível diante de sentença desfavorável a seu cliente. O que foi bem ilustrado por Carvalho Santos, ao afirmar que 'parece duvidoso o direito do constituinte, de poder exigir qualquer indenização, precisamente porque não lhe será possível provar que a sentença seria efetivamente reformada (SILVA, 2013, p. 191).

Maria Del Carmem Crespo Mora (2006, não paginado), tratando dos danos decorrentes da atuação do advogado, observa que no âmbito da advocacia surgem certos danos específicos, que dificilmente podem ser encontrados em outros campos da responsabilidade civil, cuja identificação e quantificação, em algumas ocasiões atingem um alto grau de complexidade. Talvez esse tenha sido um dos motivos que justificaram a rejeição inicial do instituto da perda da chance nessa seara.

Entretanto, atualmente, diante de comprovada imperícia do advogado que impediu o seu cliente de conseguir um resultado mais vantajoso no processo, o entendimento doutrinário e jurisprudencial é no sentido de que o profissional pode ser responsabilizado com base nesta teoria. A aceitação da tese, no ordenamento brasileiro é indubitavelmente constatada, haja vista os inúmeros julgados seguindo esse pensamento.

De acordo com esse raciocínio, o advogado que no exercício de seu *munus* público, não atua de forma competente e vigilante para o alcance da pretensão de seu cliente e



flagrantemente acarreta a extinção de uma oportunidade séria e real, por negligência ou imperícia, lesionando o patrimônio jurídico deste pode ser responsabilizado pela perda de uma chance. As formas de negligência ou imperícia podem afigura-se de variados modos: nas hipóteses de não contestar a ação dentro do prazo; de não interpor recurso contra decisão desfavorável; de ajuizar ação depois do prazo prescricional ou de deixar de formular pedido essencial para o acolhimento da tutela de seu cliente, omissão na produção de provas, ausência de defesa, de contrarrazões ou de sustentação oral, entre outros.

Imperioso ressaltar, que a ineficiência de sua atuação deve ser apurada no caso concreto. Segundo magistério de Sílvio Venosa (2005, v. IV, p. 244, 255), fundamental verificar se a conduta omissiva ou comissiva do advogado causou prejuízo certo ao seu cliente e se esse prejuízo não ocorreria com a atuação de outros profissionais da área. A pretensão do cliente deve estar consubstanciada objetivamente nas razões de fato e de direito, existentes nas circunstâncias, que pela má conduta de seu advogado, extingui-se a sua chance de ganho. Importante, também ater-se a extensão e proporcionalidade do dano alegado. Deve ser realizada uma minuciosa análise casuística da questão apresentada.

A partir daí, observa-se a relevância do papel dos magistrados nesse tipo de demanda, pois deles exige-se identificar o nexo de causalidade entre a conduta desidiosa do causídico e a perda da oportunidade como dano ao cliente, já que a análise deve ser feita, estritamente, caso a caso, bem como a quantificação da indenização, haja vista que a doutrina brasileira ainda não possui “[...] o claro e preciso enfretamento da complexa questão da quantificação da chance perdida” (SILVA, 2013, p. 193). Inexiste, uma regra geral para a apuração do *quantum* indenizatório que é devido ao cliente. O julgador além de analisar a chance efetivamente perdida, precisa formalizar um juízo probabilístico, da possível vitória da demanda, caso não tivesse acontecido o fato danoso, para arbitrar o valor devido.



Assim, visando evitar o crescimento de lides temerárias, que pretendem a responsabilização do advogado pela perda de uma chance, muitos doutrinadores chamam a atenção para uma necessária cautela no reconhecimento e aplicação da teoria. Deve haver um redobrado cuidado tanto na demonstração do dano experimentado pela vítima e o nexo de causalidade, quanto ao que diz respeito a quantificação da reparação, para que o próprio judiciário não patrocine a má-fé, tampouco o enriquecimento sem causa, oriundo de aventuras jurídicas. Aliás, vale destacar que essa é a maior preocupação dos ordenamentos que acolheram a perda de uma chance, o de evitar ações levianas baseadas em furtivas esperanças.

3.2 CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO E DE QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO DEVIDA POR ADVOGADO NA PERDA DA CHANCE

Para a aplicação da teoria da perda de uma chance, é fundamental que sejam estabelecidos critérios que auxiliem na concessão de uma justa indenização, e para tanto cumpre-se analisar determinados requisitos básicos, firmados na constante e sistemática jurisprudência de tribunais estrangeiros, já que o Brasil ainda vive em processo de concretização da teoria.

No tocante à quantificação da chance, para que seja feita corretamente deve se levar em consideração a chance em si e não o que a vítima poderia ter recebido. A quantificação corresponderá a uma proporcionalidade do que se ganharia e nunca à integralidade da vantagem que se pretendia antes da perda da chance. O valor da indenização sempre deverá ser inferior ao da vantagem final definitivamente perdida. (SILVA, 2013, p. 143). Nunca deve ultrapassar o valor máximo, equivalente ao ganho final que restou frustrado, e quando não for possível chegar matematicamente a esse valor, o mesmo deverá ser fixado por arbitramento. (ASSIS JÚNIOR, s/d, não paginado).

O ressarcimento decorrente de comprovada desídia do advogado, não pode ser igual à quantia equivalente ao dano decorrente da perda da ação originária, pois se assim



fosse, não se estaria ressarcindo a chance perdida de ganhar a ação e sim o próprio valor pretendido nesta, o ganho final. Razão pela qual, Peteffi da Silva (2013, p. 143 e 144), afirma reiteradamente que doutrinadores e magistrados dizem que a reparação pela perda de uma chance não equivale a uma reparação integral do prejuízo. Isso não significa que o dano decorrente da perda de uma chance não esteja sujeito aos princípios da reparação integral, porque a indenização deferida, todas as vezes repara integralmente as chances perdidas, porque a perda de uma chance se distancia do dano final, que é um dano específico e independente deste.

Como no Brasil não há critérios legalmente estabelecidos para a fixação do montante indenizatório nos casos da perda de uma chance, depois de identificado o ilícito cometido culposamente pelo advogado, faz-se necessário sopesar os graus de probabilidade de êxito do cliente, levando-se em conta, também, a fase processual e o entendimento majoritário quanto ao objeto da ação originária. Visando um justo deslinde da questão, o magistrado deve lançar mão de critérios de avaliação lógicos, que são aceitos normalmente no direito brasileiro, bem fundamentando a sua decisão, com base nos princípios constitucionais da equidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, assegurando o controle de racionalidade e evitando o caminho da arbitrariedade.

3.3 POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS SOBRE RESPONSABILIZAÇÃO DE ADVOGADO POR PERDA DE UMA CHANCE

A admissão jurisprudencial da teoria da perda de uma chance, na esfera advocatícia no Brasil é recente, haja vista que só no ano de 1991 é que foi proferido pelo TJRS um acórdão sobre o tema. (ASSIS JÚNIOR, s/d, não paginado). Desde então, é possível constatar que a perda de uma chance tem sido aplicada de forma crescente nos casos de responsabilidade civil do advogado. A maior parte de julgados concentra-se nas regiões Sul e Sudeste, a saber: TJRS, TJSP, TJDF e TJMG onde se acha um maior número de decisões nesse campo.



Boa parte dos tribunais brasileiros entende que a falta de diligência do advogado causa prejuízos ao cliente e, portanto, ensejam o dever de reparação, inclusive nos casos de perda de uma chance. O STJ no julgamento do Recurso Especial nº 993.936 – RJ (2007/0233757-4) por meio do voto do Ministro Luiz Felipe Salomão, além de deixar claro o entendimento de que a perda da chance é cabível no âmbito da responsabilidade civil do advogado, aceita a doutrina que considera a perda da chance como uma nova categoria de dano.³

A desembargadora Simone Lucindo do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em julgamento de apelação cível ⁴, em demanda indenizatória pela perda de uma chance impetrada contra advogado, adequadamente, ressalva que “[...] a responsabilização do causídico não é automática, devendo haver a ponderação acerca da probabilidade que a parte teria de se sagrar vitoriosa”.

No caso em julgamento, a magistrada verifica que mesmo estando diante de uma chance razoável, séria e real, perdida pela negligência do patrono que perdeu o prazo para interposição do recurso, não restou demonstrado, que acaso interposto, o julgamento

³ Fragmento do acórdão REsp nº 993.936 – RJ (2007/0233757-4), Relator Ministro Luiz Felipe Salomão, julgado em 27/03/2012. [...] A obrigação assumida pelo causídico, em regra, não é de resultado, mas de meio, uma vez que, ao patrocinar a causa, obriga-se a conduzi-la com toda a diligência, não se lhe impondo o dever de entregar um resultado certo. Nessa linha de intelecção, o profissional responde pelos erros de fato e de direito que venha a cometer no desempenho de seu munus, sendo certo que a apuração de sua culpa ocorre casuisticamente, o que nem sempre é uma tarefa fácil. A bem da verdade, mesmo que comprovada a culpa grosseira do causídico, é difícil antever um vínculo claro entre a negligência do profissional e a diminuição patrimonial do cliente, pois o que está em jogo, no processo judicial de conhecimento, são apenas chances e incertezas que devem ser aclaradas em juízo de cognição. Em outras palavras, ainda que o advogado atue diligentemente, o sucesso no processo judicial depende também de fatores que refogem ao seu controle, por isso a dificuldade de estabelecer, para a hipótese, um nexos causal entre a negligência e o dano. Nesse cenário, surge a teoria da perda de uma chance (perte d'une chance), a qual visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa - que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Daí porque a doutrina sobre o tema enquadra a teoria da “perda de uma chance” em categoria de dano específico, que não se identifica com um prejuízo efetivo, mas tampouco se reduz a um dano hipotético (cf, *SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007*). [...]

⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº APC 20110111221485 DF 0033482-81.2011.8.07.0001. Relatora: Simone Lucindo, julgado em 11/02/2015.



traria ao cliente uma posição jurídica mais vantajosa, pois a jurisprudência predominante mostra-se contrária à pretensão do recorrente. Ou seja, não foi identificada uma possibilidade real de ganho. Correto, portanto, o afastamento da responsabilização do advogado pela perda da chance.

Não pairam dúvidas sobre a aceitação da chance perdida pela jurisprudência brasileira, como um dano passível de reparação. Contudo, por vezes há dissonantes posicionamentos jurisprudenciais quanto aos critérios de aplicabilidade da teoria e de valoração da chance, e ainda quanto ao enquadramento do dano pela sua natureza. Essa realidade pode ser justificada pela falta de uma doutrina nacional sedimentada, tendo em vista a carência de criações doutrinárias sólidas, que possam fornecer elementos norteadores claros, capazes de embasar de modo mais objetivo e uniforme, uma aplicação sistemática da teoria da perda da chance pela jurisprudência.

Como exemplo de uma precisa aplicação da teoria, cita-se o acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em sede de apelação civil ⁵, onde é concedida indenização, em face de comprovada falha na prestação de serviços advocatícios, não ajuizamento de ação trabalhista tempestivamente, por culpa do advogado, que mesmo detendo os documentos necessários, deixaram de propor ação dentro do prazo.

O citado julgado ressalta que está somada à negligência do patrono a alta chance de sucesso do cliente ganhar a causar. A teoria da perda da chance foi aplicada para reparar os danos materiais e o advogado réu foi condenado, ainda, ao pagamento de danos morais. Nota-se que a decisão separa correta e claramente o dano material pela perda da chance do dano moral. Pela própria natureza dos diferentes danos identificados na demanda, estes foram corretamente enquadrados nas suas respectivas categorias; a de dano material, decorrente da perda da oportunidade de obter uma vantagem, fundada em uma possibilidade séria e real; e a do dano oriundo da lesão moral. A casuística foi bem

⁵ DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 20110710042472, Relator: Waldir Leôncio Lopes Júnior, julgado em 04/12/2013.



considerada e foi realizada uma apuração também em relação à seriedade da oportunidade de ganho.

Do contrário, não raro, se verificam equívocos nas decisões, tanto na aplicação da teoria, quanto na fixação do *quantum* indenizatório. Alguns julgados confundem as situações em que a perda da chance deve ser vista como dano extrapatrimonial, com as situações em que a perda da chance é um dano com patente valor pecuniário e, portanto, de natureza patrimonial (SILVA, 2013, p. 212).

O que bem ilustra a hipótese é o acórdão de apelação cível ⁶, em que o TJMS demonstrou um dos mais comuns equívocos encontrados em julgamentos sobre a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance. O desembargador afasta os danos materiais e aplica a teoria a título de danos morais ao caso de um advogado que foi contratado para perpetrar mandado de segurança, objetivando a nomeação de sua cliente em concurso público, antes que expirasse o prazo de validade do mesmo, mas o *mandamus* só foi distribuído após o término desse prazo.

Resta evidente a falta de uma boa compreensão do instituto, bem como de suas peculiaridades, na medida em que o magistrado declara que sob a sua ótica, não importa se era ou não provável o acolhimento da pretensão pela instância superior, por ser impossível prever com certeza absoluta o resultado de um julgamento, tendo em vista que o ato de julgar envolve um juízo de valor subjetivo.

Ocorre que, para a responsabilização do advogado pela perda da chance, não basta apenas o ato ilícito em si, a chance precisa ser séria e real, necessário se faz que esta seja sustentada em uma possibilidade real de ganho, tem que ser uma probabilidade suficiente e não apenas uma mera expectativa de obtenção de vantagem. Isso não pode ser

⁶ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. TJ-MS - AC: 5339 MS 2010.005339-4, Relator: Des. Dorival Renato Pavan, Data de Julgamento: 16/03/2010, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: 04/05/2010.



ignorado pelo julgador. No caso em apreço, consta dos autos que duas colegas da demandante, que também contrataram o mesmo advogado, no mesmo dia, com o mesmo introito, e que tiveram seus mandados de segurança perpetrados dentro do prazo não obtiveram resultado favorável, eis que segurança foi denegada.

O outro erro do acórdão é que o dano da perda da chance, que pode até possuir natureza extrapatrimonial, neste caso concreto possui clara natureza pecuniária, a lesão não é de natureza moral. E o dano moral possui características e critérios próprios, que divergem daqueles decorrentes do dano da perda da chance.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o surgimento da teoria da perda de uma chance no ordenamento brasileiro, há quase trinta anos, verifica-se que os pretórios nacionais seguem em um evolutivo desenvolvimento da aplicação da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance, em que pese não existir, ainda, uma doutrina consolidada a respeito do tema, que possa respaldar a jurisprudência e evitar os equívocos oriundos de uma má aplicação do instituto nas demandas nacionais, ainda mais nas que envolvem advogados que porventura agem desidiosamente.

Salvaguarda-se o entendimento de que diante de danos, considerados efetivamente potenciais e prováveis, originados direta e comprovadamente pela conduta comissiva ou omissiva do advogado, deve haver responsabilização civil pela perda de uma chance. Primeiro porque a desídia do advogado pode causar prejuízo, inclusive, o da perda de uma chance do cliente obter um ganho, seja este o de um resultado mais favorável ou menos gravoso, já que no cenário advocatício, a chance perdida integra o patrimônio jurídico do cliente, portanto, passível de valoração econômica e por consequência de reparação. E segundo porque a ideia de inviolabilidade profissional irrestrita, além de não atender aos anseios da sociedade contemporânea, fere o preceito constitucional de que todos são iguais perante a lei.



Porém, o dever do advogado de indenizar, somente existe se, no caso concreto, restarem comprovados os elementos essenciais caracterizadores da responsabilização civil pela perda de uma chance: o ato ilícito; a culpa; a perda chance de um ganho futuro; o nexo causal entre a conduta do profissional e a frustração do evento que poderia ensejar a vantagem final esperada, uma vez que esse dano não é presumível. O fato de o advogado ter tido uma conduta negligente, não acarreta, automaticamente, a sua responsabilização civil consubstanciada na teoria da perda de uma chance.

Se a atuação do advogado estiver plenamente de acordo com os seus deveres jurídicos, não se vislumbra o dano decorrente da chance perdida. Em contrapartida, se porventura a atuação estiver em desconformidade com a lei e violar as premissas éticas e morais, estando flagrante a conduta desidiosa, e esta, comprovadamente, reunir todos os requisitos para a responsabilização pela perda da chance, o profissional deverá arcar com os prejuízos causados.

Não é qualquer chance que deve ser tutelada juridicamente, apenas aquela revestida de um potencial relevante de seriedade, a que é fundada na possibilidade real de ganho, uma probabilidade suficiente, capaz de garantir a conquista da vantagem esperada caso não ocorresse o evento danoso. Então, devido ao aspecto de incerteza a respeito da vantagem não experimentada, nos casos de responsabilidade civil do advogado, as ações que rogam pela teoria da perda de uma chance devem ter seu deslinde mediante uma profunda ponderação em relação à probabilidade de vitória da parte, eventualmente, extinta pela desídia de seu patrono. Para a identificação dessa chance passível de reparação, o julgador deve investigar minuciosamente as circunstâncias, de fato de direito, preexistentes à perda da oportunidade, no caso concreto.

Apesar de a teoria da perda de uma chance, inegavelmente, ter sido recepcionada pela doutrina e jurisprudência brasileiras, no âmbito da responsabilidade civil do advogado, observa-se uma série de divergências acerca da sua devida aplicação e correta valoração. Por isso, urgente é a necessidade de sedimentação doutrinária que forneça elementos para uma utilização jurisprudencial correta e sistemática do instituto.



Recentes julgados demonstram a preocupação com a quantificação da chance perdida, ante a ausência de uma regra geral para a aferição da chance no sistema jurídico nacional. Razão pela qual, os magistrados para conceder uma justa reparação devem formalizar um juízo de valoração acerca do grau de êxito da oportunidade, já que a indenização deve corresponder somente à perda da chance e não ao valor total da causa e sempre com base nos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

ASSIS JUNIOR, Luiz Carlos de. **A responsabilidade Civil do Advogado na Teoria da Perda de uma Chance:** lex magister. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_19980296. Acesso em: 03/02/2017

DISTRITO FEDERAL. **STJ - Recurso Especial: REsp Nº 993.936-RJ (2007/0233757-4)**. Relator: Luiz Felipe Salomão. Brasília, 27 de março de 2012 (Data do Julgamento). Publicação DJe 26/04/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jusbrasil.com.br>> Acesso em: 23/09/2016

_____. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº APC 20110111221485 DF 0033482-81.2011.8.07.0001**. Relatora: Simone Lucindo, julgado em 11/02/2015. Publicado no DJE: 24/02/2015. Pág.: 135 Disponível em: <<http://www.stj.jusbrasil.com.br>> Acesso em: 17/02/2017.

_____. _____. **Apelação Cível nº 20110710042472**, Relator: Waldir Leôncio Lopes Júnior, julgado em 04/12/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jusbrasil.com.br>> Acesso em: 17/02/2016

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PORTO, Uly de Carvalho Rocha. A reparação das chances perdidas e seu tratamento no direito brasileiro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n.1, 2016. Disponível em <<http://civilistica.com/a-reparação-das-chances-perdidas-e-seu-tratamento-no-direito-brasileiro/>>. Acesso em: 03/02/2017.

MATO GROSSO DO SUL. **Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. TJ-MS - AC: 5339 MS 2010.005339-4**, Relator: Des. Dorival Renato Pavan, Data de Julgamento: 16/03/2010, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: 04/05/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jusbrasil.com.br>> Acesso em: 17/02/2017.

MORA, Maria Del Crespo, **La Responsabilidad Civil Del Abogado em El Derecho Español:** Perspectiva Jurisprudencial. Revista de Derecho. Universidad del Norte, 25: 257-285, 2006. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es>> Acesso em: 23/02/2017.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance:** uma análise do direito comparado e brasileiro / Rafael Peteffi da Silva. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.



TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 2.ed.rev.atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. – (Coleção direito civil; v, 4).





TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS SEGUNDO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

O EXTRAVIO DE BAGAGEM E SUA INDENIZAÇÃO NO BRASIL

.....

Andréa Virgínia Berenguer de Barros e Silva¹
Torquato da Silva Castro Júnior²

1 INTRODUÇÃO

O transporte aéreo, modal muito utilizado para as viagens internacionais e intercontinentais entre os países do mundo. Tende a crescer com a globalização, o movimento de passageiros aéreosaumenta e com ele percebe-se que as empresas estão a querer se desobrigar de suas responsabilidades, provocando mudanças no contrato e nas regras que tutelam essa relação.

Nos últimos dezesseis anos,as viagens e o turismo cresceram no mundo mais de 70 %, como divulgado amplamente pela Organização Mundial do turismo – OMT , órgão da ONU que tem sede em Madrid, Espanha.

No Brasil, grandioso em território geográfico e em população, apesar da crise econômica e política que enfrenta,há um enorme contingente populacional que aprende a viajar e faz uso do contrato de transporte aéreo internacional cotidianamente .

Esse contrato é regido como norma especial em território Nacional pelo Código Brasileiro de Aeronáutica -CBA de 1986 e internacionalmente pela Convenção Internacional de Varsóvia de 1929.Com o advento da Constituição da República de 1988 e a necessidade de proteção e defesa do consumidor pugnada em seu artigos 5º, inciso XXXII e 170, inciso V.como direito fundamental , e o surgimentoda indenização integral

¹ Mestre em Direito pela UFPE, Professora do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Pernambuco- IFPE

² Doutor em Direito pela PUC- São Paulo. Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito do Recife- FDR da Universidade Federal de Pernambuco- UFPE



dos danos: moral e material, instituiu a necessidade de elaboração do Código de Defesa do Consumidor CDC (Lei 8018 de 11 de setembro de 1990) que também protege o passageiro do transporte aéreo.

Em se tratando de Concessão, o transporte aéreo após o surgimento do CDC, foi alvo de polêmica nos tribunais pátrios para discutir se a matéria era de consumo ou não. O labor dos tribunais superiores equacionou essa questão e o Contrato de transporte aéreo de passageiros nacional ou internacional foi considerado um contrato de consumo e protegido pelo CDC apesar do art. 178 da Constituição Federal de 1988 e da Convenção Internacional de Varsóvia que existe desde 1929, como mencionada anteriormente.

Qual a surpresa da recente decisão no Recurso Extraordinário (RE) 636331 sobre extravio de bagagem em voo internacional onde figurava nos polos da relação jurídica um passageiro consumidor brasileiro e a companhia aérea francesa Air France, o Supremo Tribunal Federal afastou o Código de Defesa do Consumidor e baseado no preceituado no artigo 178 da Constituição aplica a partir dessa data a Convenção de Internacional de Varsóvia gerando uma nova tese, um precedente jurisprudencial e portanto nega a indenização integral dos danos materiais nos casos de extravio de bagagem. A decisão considera a indenização de forma limitada, como prevista no artigo 22 da referida Convenção. Tal artigo fixa o limite de indenização por extravio de bagagem em \$20 dólares americanos por quilo transportado, tal valor é estipulado no contrato de transporte internacional de passageiros.

O problema do extravio de bagagem aérea faz parte do cotidiano dos aeroportos do país e do mundo. Todos os dias pessoas são lesadas, têm suas rotinas ou planos desviados na expectativa de recuperar seus pertences; isso ocorre quando a bagagem não é entregue ao passageiro no ponto de destino, ocasionando assim um problema relevante para o estudo e a tutela do Direito, mais especificamente, no tocante aos prejuízos sofridos pelo passageiro-consumidor em seu patrimônio material e principalmente no moral.

Discutir a questão do contrato internacional de passageiros como um contrato de consumo, atacar a decisão do STF, e questionando se não é mais uma trapalhada jurídica que vilipendia o direito Constitucional brasileiro e mostrar a preocupação com o futuro da



indenizações e do Instituto da responsabilidade Civil já que como previsto no Código Civil artigo 927 quem causa dano deve indenizar, outro problema surge com tal decisão: o incidente das causas repetitivas. No Brasil, dados recentes da ANAC (2016) demonstram um milhão de desembarques internacionais e o número tende a crescer, apenas Recife captou no últimos anos voos e de mais de 12 companhias que operam voos para destinos internacionais saindo e chegando do seu aeroporto com várias frequências semanais.

No mundo segundo dados da SITA há 100 mil extravios de bagagens por dia. E a doutrina e a jurisprudência demonstra que nesse fato há o dano material e o dano moral que se caracteriza pelo desvio de planos, constrangimento, chateação que se estende para além do mero aborrecimento. Esse artigo se organiza assim, primeiro trataremos do contrato de passageiros e suas bagagens, depois da responsabilidade civil no tocante ao dano moral e material, faz-se uma análise ao conflito de leis e a nova tese criada pelo Recurso extraordinário, e por último algumas considerações serão tecidas

2 O CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS E A BAGAGEM

O contrato é: acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos. É, pois, o acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos, Note-se que quanto à sua formação, todo contrato é bilateral, já que depende da vontade, do acordo das partes ou ao menos uma concordância dos envolvidos.

Vale destacar que no tipo tradicional de contrato (cada vez mais raro, na sociedade de consumo de massa), as partes discutem livremente seu teor, incluindo cláusulas que deem mais equilíbrio ao contrato. Existe, atualmente, certa categoria contratual que está se alastrando no mundo pós-moderno, que não permite tal liberdade de discussão, são os contratos de adesão, principalmente nas relações de consumo, cujas cláusulas impostas suprimem a fase de acordo prévio, cabendo a uma das partes apenas aderir ao que já foi estabelecido pela parte proponente. Adverte-se que não há de todo a eliminação da



autonomia da vontade de quem contrata, tal procedimento é uma necessidade das práticas de comércio para agilizar a realização de negócios padronizados, evitando perda de tempo e dinheiro com discussões. Destaca-se, no entanto, a necessidade de existir um equilíbrio nas cláusulas, além do respeito ao princípio da transparência, informação clara e nítida para que o aderente não incorra em erro e conheça todos os pormenores do que está contratando.

O contrato de transporte aéreo é de adesão, pleno de cláusulas limitadoras de responsabilidades, inclusive no que oportunamente é objeto do contrato, posto que o passageiro compra o bilhete para ser transportado, com seus pertences, a local pré-estabelecido. As companhias aéreas, por sua vez, existem com a finalidade de prestar serviço de transporte de passageiros e de suas bagagens até o destino acordado, de forma segura, eficaz e no horário previsto. Todavia, não é isto que ocorre muitas vezes, haja vista a quantidade de voos cancelados, de partida e de chegada com atraso, e de bagagens extraviadas, temporária ou definitivamente.

O Contrato de Transporte Aéreo é uma modalidade de contrato que tem uma obrigação de resultado e não de meio. A Responsabilidade Civil surge quando uma obrigação não é cumprida e portanto gera danos a outrem. Daí a obrigação de indenizar.

No tocante às características do contrato de transporte aéreo de passageiros, pode-se abordar a cláusula de incolumidade que se encontra implícita nesse tipo de pacto, tal cláusula pode ser interpretada como a obrigação que tem o transportador de conduzir o passageiro e os seus pertences sãos e salvos ao local de destino avençado.

Aqui nos debruçamos apenas na questão do extravio de bagagem, todavia o descumprimento contratual e o Princípio da Boa Fé é ferido em inúmeras situações pelo transportador aéreo, a saber; quando cancela ou atrasa um voo, quando recusa o embarque de passageiros, no famoso "overbooking"

A pessoa jurídica e pessoa física deve ter em conta a boa-fé contratual, portanto as transportadoras e os passageiros devem sim cumprir com suas obrigações e deveres, o princípio da boa-fé, proteção da confiança do passageiro, como pactuado no contrato.



No Transporte aéreo internacional de passageiros e o Contrato de Transporte Aéreo de Bagagem, a Convenção de Varsóvia garante aos passageiros do transporte aéreo o direito de levar consigo a sua bagagem, devendo esta ser despachada no momento do "check-in", sendo transportada no porão da aeronave, ficando sob total responsabilidade da companhia aérea. Todavia, quanto à responsabilidade por extravio, fica limitada.

Em longo voto proferido na sessão que tratava do Recurso Extraordinário (RE) 636331, a ministra Rosa Weber acompanhou os relatores. Com base no artigo 178 da Constituição Federal, assegurando entender que deve há prevalência na concretização dos comandos das convenções de Varsóvia e Montreal, às quais se confere status supralegal, de acordo com entendimento jurisprudencial do Supremo. Para a ministra, que fez questão de salientar que seu voto se restringia a danos materiais decorrentes de casos de extravio de bagagens e de prescrição, as citadas convenções são compatíveis com a Constituição de 1988., a referida ministra, tinha pedido vistas ao processo. Com base neste mesmo fundamento votaram pelo provimento de ambos os recursos, acompanhando os relatores, os ministros Edson Fachin, Luiz Fux, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e a presidente, ministra Cármen Lúcia.

Votaram contra o provimento do recurso e portanto foram vencidos os ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, . Os referidos ministros ressaltaram que os casos em análise envolvem empresas de transporte aéreo internacional de passageiros, que realizam atividades qualificadas como prestação de serviços. E que se caracteriza como, uma relação jurídica de consumo, à qual aplica-se o CDC, lei superveniente aos mencionados códigos.

Ficam as observações após análise dos votos: 1). O dano moral não é previsto na Convenção de Varsóvia então deve ser solicitado isoladamente 2) A indenização tarifada e limitada fere a Constituição de 1988 e o CDC de 1990.



3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DAS COMPANHIAS AÉREASES BREVES

NOTAS SOBRE A CONVENÇÃO DE VARSÓVIA

A Convenção de Varsóvia nasceu no dia 12 de outubro de 1929 e entrou em vigor em nível internacional em 13 de fevereiro de 1933, atualmente mais de 150 países assinaram a Convenção e o Brasil é um deles. Tal regramento surge como uma tentativa de auto-regulamentação, mas não seria legislar em causa própria? Apresenta-se como tentativa de unificar um direito transnacional também de proteger economicamente as companhias aéreas no que diz respeito às indenizações com acidentes e descumprimento contratuais, inclusive danos materiais e morais decorrentes do atraso e extravio da bagagem. No momento de seu surgimento o transporte aéreo era incipiente.

Assim, constam-se os frequentes acidentes ou incidentes aeronáuticos daquela época, quando os bimotores ou quadrimotores falhavam e necessitava-se “aliviar o peso” do avião em voo, com o alijamento da bagagem. Surgiu, então, a indenização prefixada que providencialmente salvava, é óbvio, a economia da transportadora.

“A bíblia” do transporte aéreo regular é a Convenção Internacional de Varsóvia, Polônia, de 1929, todavia arcaica e protetiva. Simplificando e uniformizando, a Convenção de Varsóvia trouxe vantagens claras para as empresas de transportes aéreos, permitindo-lhes, como já dito, conhecer antecipada e precisamente a extensão de sua responsabilidade civil e cobri-la através de seguro. Isso aconteceu tendo em vista que, em 1929, ano de sua edição, o avião tinha acabado de sair do desenho. Santos Dumont, ilustre voador brasileiro, conseguiu, em 1906, realizar o feito de alçar voo num aparelho mais pesado que o ar, em Paris, nos arredores da Torre Eiffel.

Apesar da rápida evolução promovida em tal engenho, o avião, seu uso seguro ainda deixava a desejar. Fez-se necessária a existência de uma norma que permitisse a evolução da aviação, pois não seria possível indenizar todos os acidentes acontecidos, sob pena de estagnação da Indústria do Transporte Aéreo.

A Convenção de Varsóvia nasce sob esse contexto e protegida pelo argumento de regular as relações, todavia permitindo a evolução de transporte aéreo, por isso as



limitações às indenizações, que seriam plenas apenas em caso de dolo ou culpa.

Atualmente, tal argumento não procede, há muito se sabe da segurança do transporte aéreo, dos avanços das tecnologias e da sedimentação das Companhias aéreas mundiais.

Sob a proteção da Convenção de Varsóvia, as transportadoras buscam abrigo seguro para limitar a indenização aos valores por mortes, extravio e avaria de bagagem. Não restam dúvidas de que o transporte aéreo é uma atividade de risco. Portanto, fica claro que a responsabilidade civil do transportador aéreo é objetiva.

A responsabilidade civil surge nos contratos quando o dever de prestar não é cumprido- essa lacuna no cumprir o que foi pactuado gera um ilícito e conseqüentemente danos e nesse nexos de acontecimentos surge a obrigação de reparar ou compensar que chamamos de responsabilidade civil.

O Estado Brasileiro se organiza economicamente sob o perfil do princípio da livre iniciativa, respeito ao consumo, ao consumidor e sua vulnerabilidade. A esse respeito, vide Cláudia Lima Marques, Tepedino, Cavalieri que defendem que a aplicação da norma segundo Código Civil Brasileiro de 2002 em seu art. 732 aplica-se primeiramente a norma de ordem pública, logo o CDC é fonte constitucional e posteriormente a lei geral mais recente para além a legislação especial e os Tratados e Convenções Internacionais nos aspectos que não contrariem a lei especial.

Então, conclui-se que a indenização limitada prevista na Convenção de Varsóvia e Montreal, contraria o CDC e a Constituição Federal,

As companhias aéreas são essas grandes companhias. O consumidor não tem como lutar contra elas, e elas querem lutar com o seu poderio econômico, mandam o consumidor litigar, e litigar é dispendioso, cansativo e o consumidor se acovarda e não vai. E a injustiça perdura e os cenários não mudam.

O entendimento corrente atual versa acerca da responsabilidade pelo dano causado: se ocorre dano fica a obrigação de repará-lo, seja moral ou materialmente,. Então como o Supremo Tribunal Federal cria um modelo de conduta que restringe a



obrigação de indenizar integralmente?

Não será o ocaso da responsabilidade civil? A situação mostra-se preocupante, visto que as recentes mudanças das normatizações do transporte de bagagem homologadas no Brasil via ANAC, com o discurso de unificar as legislação internacional e baratear os preços, oferecendo com isso mais liberalidade para quem pratica contrato de adesão, e sem expor claramente suas cláusulas, sobremaneira nas compras eletrônicas. Demonstra o indicio de auto-regulamentação e uma forma de legislar em causa própria por parte das companhias aéreas voltando ao início em 1929, o que nega veementemente o direito do passageiro - consumidor. A responsabilidade civil contemporânea é fundamentada pelo princípio da *restitutio in integrum*, isto é, da reposição do prejudicado ao *statu quo ante*. Nas relações entre pessoas físicas e jurídicas, a responsabilidade civil figura como um fator de equilíbrio social

Com o advento da Carta Magna de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, normas que protegem o viajante, colocando-o na categoria de consumidor, a Convenção de Varsóvia é aplicada apenas àquilo em que as normas pátrias são lacunosas..

Por sua vez, o artigo 37 da Carta Magna estabelece que "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Por força desta determinação, a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público, no caso em tela, as empresas de transporte aéreo, é objetiva.

Acredita-se, pois, que é inconcebível que um Tratado Internacional se sobreponha à Carta Mãe, à soberania do país, aos seus costumes, enfim, sobreponha-se aos direitos e garantias individuais dos nacionais. A lei que tutela as relações de consumo, contrato de transporte aéreo é uma relação de consumo – a prestação do serviço – contrato de consumo de serviços de transporte aéreo – é o Código de Defesa do Consumidor.

O dano é o causador da responsabilidade civil, aparece como fator determinante



para a criação da obrigação de indenizar. Entre as fontes das obrigações, a responsabilidade civil figura, depois dos contratos, como de muita importância prática na formação dos vínculos obrigacionais. Portanto, esse tema suscita muitos estudos e demandas nos tribunais do mundo.

A responsabilidade civil aqui detalhada é uma obrigação que surge de uma responsabilidade contratual, que é a obrigação de reparar ou compensar por dano moral e material as falhas que surgem de um contrato que não foi cumprido. Do inadimplemento de uma obrigação, surge a obrigação de indenizar, criando uma nova relação obrigacional. A teoria da responsabilidade civil em sua concepção clássica, baseada apenas no fundamento da culpa, já não mais se sustenta em nome da justiça social, é importante a reparação.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O atraso na execução do contrato de transporte seja com o passageiro, seja com sua bagagem, é uma causa inconteste de responsabilidade do transportador aéreo. Portanto como aventar a exclusão da indenização por dano moral e ainda colocar no jogo um regramento arcaico e ultrapassado que prevê a responsabilidade civil subjetiva do transportador aéreo com o fito claro de se proteger e negar os direitos dos passageiros consumidores lesados pelo não cumprimento contratual. É preocupante o cenário que se apresenta nos tribunais pelo Brasil afora, após essa desconstrução, o Ministro relator da decisão recente, opinou em outra feita na mídia sobre a necessidade de cuidado com as decisões e eu mesmo assisti em Congresso no TRF da quinta região falando que com os precedentes judiciais e os incidentes de causas repetidas previstas no novo CPC o STF deveria tomar mais cuidados com as suas decisões, na minha opinião errou muito feio em trazer à baila a Convenção de Varsóvia, a academia deve observar como irá se comportar por diante as indenizações por extravio de bagagens em voos internacionais, e também os prazos de prescrição já que o CDC foi rasgado, desconsiderado nessa relação, o passageiro internacional ou doméstico é um ser humano que tem dignidade e direitos de



personalidade e precisa ser respeitado e não deve ficar acuado pelo poderio econômico de grandes conglomerados globais que se unem e formam grandes " monopólios " e se protegem e legislam e se autorregulam dispondo contratos de adesão eivados de cláusulas abusivas e excludentes de responsabilidade, Seria também a morte da responsabilidade Civil.

Outra questão deve ser observada , o transporte de bagagens via depósito no porão agora é pago , destacado do contrato de transporte que só permite levar uma franquia de bagagem de mão , acompanhada na aeronave, todavia há restrições de produtos por questão de atentados terroristas e isto obriga certos passageiros , ou a maioria despachar seus pertences e pagar. Como essa alteração é recente e tem causado uma reeducação no Brasileiro acostumado a viajar com muita bagagem, a pesquisa do Direito deve acompanhar o comportamento dos tribunais.

Quanto a limites para danos materiais com a bagagem, qualquer destes limites poderá ser ultrapassado se o demandante provar que tais eventos danosos foram causados por culpa ou dolo do transportador ou dos seus funcionários ou agentes,

Apesar dos evidentes esforços dispensados pela IATA no sentido de diminuir o extravio temporário e definitivo da bagagem, com o desenho de um projeto inovador cujo principal objetivo visa não só reduzir a taxa de 1% de extravio de bagagem para 0,5% num prazo de 5 anos, mas também melhorar a eficiência do tratamento dos restantes 99% de bagagem através da reforma de todo o sistema de processamento e transferência de bagagem, bem como a adoção de um novo método de identificação eletrônica da bagagem, fica a sugestão da criação de um chip aplicativo para rastrear a bagagem do passageiro, todavia o fenômeno acontece em um percentual altíssimos nos aeroportos espalhados ao redor do mundo e é mais que natural que façam pressão para alterar as regras e se proteger , esse é o objetivo do mundo capitalista. Por fim, demos início à análise do regime da responsabilidade do transportador aéreo constante nas Convenções de Varsóvia e Montreal atendendo, em primeiro lugar, à natureza desta responsabilidade. Demonstrámos como o princípio da exclusividade se abstrai do fundamento da



responsabilidade, para, de forma exclusiva e universal, regular este instituto, permitindo apenas o recurso à lei nacional quando o regime das Convenções no que estas se absterem de regular e permitindo ainda que as partes estabeleçam regimes mais protetores dos direitos dos passageiros do que o constante nestas Convenções. O capital vence e negam-se direitos.

Por fim, demos início à análise do regime da responsabilidade do transportador aéreo constante nas Convenções de Varsóvia e Montreal atendendo, em primeiro lugar, à natureza desta responsabilidade.

Demonstrámos como o princípio da exclusividade se abstrai do fundamento da responsabilidade, para, de forma exclusiva e universal, regular este instituto, permitindo apenas o recurso à lei nacional quando o regime das Convenções no que estas se absterem de regular e permitindo ainda que as partes estabeleçam regimes mais protetores dos direitos dos passageiros do que o constante nestas Convenções.

Todavia a recente decisão frisa que o dano moral não figura e pode ter cede própria na discussão caso a caso no extravio de bagagem , talvez seja uma sopro de vida, um oxigênio na combalida responsabilidade civil que tem como finalidade evitar novos casos de danos e compensar integralmente a vítima .

Na vigência da Constituição, especialmente no art. 5º, incisos V e X, se havia alguma oposição contra o princípio da reparabilidade do dano moral puro, acabou. Com tais dispositivos, a argumentação contrária à reparação do dano moral, de preceituação genérica, passou a ser de difícil sustentação, tornou-se fato do passado. Por força desse dispositivo, hoje o dano é reparável independentemente de ser moral ou patrimonial, conforme art. 5º, inciso V: "é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo além da indenização por dano material, moral ou à imagem".

Percebe-se bem, por esse dispositivo, que para o legislador constituinte há distinção entre: 1) direito de resposta; 2) a indenização do dano material; 3) a indenização do dano moral; e 4) a indenização do dano à imagem.



O dispositivo aludido exerceu poderosa influência nas decisões dos tribunais brasileiros, que reclamavam continuamente a ausência de uma disposição legal, com a admissão bem clara dos danos morais, Seria mais triste se os julgadores do maior tribunal pátrio e guardião da constituição firmassem uma tese no tocante ao extravio de bagagem , limitando a indenização por dano material e o dano moral, visto que a Convenção de Varsóvia é omissa nessa matéria.

Vale destacar que como os passageiros não conhecem os seus direitos e não imaginam que o dano moral pode ser solicitado em uma ação isolada , mesmo quando a bagagem apareça dias após o extravio, não provocariam a justiça e nem procurariam um advogado ou os juizados especiais para pleitear indenizações , e a função dissuasória da responsabilidade civil fica prejudicada, urge campanhas de educação para o consumo e alertar para o tema que gera problemas cotidianos nos aeroportos do mundo.

Para além disso, deve-se ficar atento ao novo prazo prescricional que é de dois anos, substituindo o anterior pugnado no Código de defesa do Consumidor , outro elemento importante é a novidade do novo Código de Processo Civil que permite estipular o valor da causa de compensação por dano moral.

Os juízes devem usar o bom senso e não devem amoldar o *quantum* a nenhuma tarifa; não deve haver paralelismo ou relação na indenização por dano moral com o dano patrimonial.

Uma decisão de indenização proferida por um juiz deve ser prudente, não deve servir de referência à dor moral sofrida por um indivíduo em um caso específico, há de se levar em consideração a gravidade do caso, assim como as peculiaridades da vítima, e de seu ofensor. A semelhança em casos pode servir de parâmetros para as indenizações, e essa indenização deve atingir o chamado prazer compensatório, mais precisamente um tipo de calmante, além do efeito pedagógico para o ofensor.

A aspiração de dissuadir o ofensor da insistência da prática de infrações resultante de dano moral não tem sido alcançada pelos julgadores nacionais, pois, ao se incorrer



contragrandes conglomerados financeiros, o valor da reparação por dano moral é muito baixo, não inibindo a ocorrência deste dano.

O transportador é responsável a título do instituto de depósito pela bagagem, tal depósito se encerra com a chegada incólume no destino avençado do passageiro e sua bagagem. Tal fato, não ocorrendo, gera a obrigação de indenizar por dano moral e material o lesado. Diante do exposto, vê-se, portanto, que o problema existe apesar das mudanças de paradigmas, defendidas pelos juristas sobre o princípio da responsabilidade civil. A prevenção é uma utopia e o caráter dissuasório também

Por fim é esse tema difícil de solução e que é nítido a pressão das Companhias Aéreas para diminuir as bagagens despachadas, cobrando inclusive valores altos nos voos internacionais, assim desestimulando o passageiro a não despachar volumes, pois usam o argumento que a bagagem de mão não é de responsabilidade delas e sim do passageiro, Observando a responsabilidade civil objetiva e cláusula de incolumidade o transportador responde sim por avaria, furto ou extravio de bagagem de mão no decorrer do percurso no interior da aeronave. Notícias cotidianas em jornais impressos e televisivos e nas mídias sociais demonstram que essa matéria ainda vai suscitar muita lesão aos consumidores e o Direito é o último bastião na tentativa de equilíbrios das relações sociais, mas não está dando conta de frear e resolver, e nesse caso em análise os números só fazem aumentar.

Fazendo uma interpretação extensiva à realidade mundial, visto que vivemos em um mundo globalizado, em que empresas aéreas voam para os mais diversos espaços geográficos do globo terrestre. Nota-se que as transportadoras, em nível mundial, não podem ser protegidas pelo Instituto da Responsabilidade Subjetiva, pela indenização limitada, por cláusulas abusivas, cabe a justiça equilibrar os contratos, e essa recente decisão do Superior Tribunal Federal Brasileiro, colabora com o abuso.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988



-
- _____. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, 1990.
- _____. **Código Civil Brasileiro Código Civil Brasileiro**. Brasília, 2002
- _____. **Código De Processo Civil**, Brasília, 2015 ,
- IATA, **Convenção Internacional de Varsóvia**. Polônia, 1929
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário (RE) 636331**. Brasília, 2017.
-

