



**FACULDADE
DAMAS**

Renata Celeste (Organizadora)

II COLÓQUIO DE ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS DE DIREITO

Democracia e Direitos Humanos

CADERNO DE RESUMOS

Renata Celeste
(Organizadora)

**Caderno de Resumos do II Colóquio
de Estudos Contemporâneos do
Direito: Democracia e Direitos
Humanos**

Recife

Faculdade Damas da Instrução Cristã | 2018

Catálogo na Fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB-4/2116

C122 Caderno de Resumos do II Colóquio de Estudos Contemporâneos de Direito: democracia e direitos humanos. [recurso eletrônico] / Organizador: Renata Celeste. - Recife: Fadic, 2018.

678 p.

ISBN: 978-85-94241-03-0

1. Direito. 2. Caderno de resumos. 3. Estudos do direito. 4. Colóquio de direito. I. Celeste, Renata. II. Faculdade Damas da Instrução Cristão. III. Título.

**Caderno de Resumos do II Colóquio de
Estudos Contemporâneos do Direito**

Realização da Coordenação do Curso de Graduação em Direito

Faculdade Damas da Instrução Cristã | FADIC

Av. Rui Barbosa, 1426-B - Graças.

Recife, Pernambuco

Fone: (81) 3426.5026

Site: <http://www.faculdedamas.edu.br/>

FICHA CATALOGRÁFICA

Editora

Profº. Drº. Renata Celeste

Comitê Editorial

Prof. Dr. André Canuto

Profa. Dra. Bruna Borba

Profa. Dra. Clarissa Marques

Prof. Msc. Fábio Menezes de Sá

Prof. Dr. Henrique Weil

Profa. Dra. Máira Mesquita

Prof. Msc. Marcelo Santiago

Profa. Dra. Renata Andrade

Profa. Dra. Renata Celeste

Prof. Dr. Rômulo de Freitas

Profa. Dra. Rosalina Freitas

Profa. Dra. Simone de Sá

Equipe Técnica

Beatriz Elihimas

Camila Franklin Edvaldo Victor

Felipe Venoso Gabriela Sampaio Ingrid Ponte

Isabela d'Almeida

Larissa Freire

Marília Vasconcelos

Monique Elihimas

Diagramação dos Anais

Beatriz Z. Elihimas

Edvaldo Victor Duarte

Gabriela Sampaio

Isabela d'Almeida
Marília Vasconcelos
Monique Zumba Elihimas

SUMÁRIO

SEÇÃO 1: TEORIAS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO, DIREITOS HUMANOS E SUBJETIVIDADES.	12
A IMPORTÂNCIA DO <i>COMPLIANCE</i> E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA	12
ABORDAGEM POLICIAL SELETIVA E RACISMO INSTITUCIONAL: IMPLICAÇÕES PARA GARANTIAS DE DIREITOS DE ADOLESCENTES APREENDIDOS POR ATO INFRACIONAL EM RECIFE/PE.	23
PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: UM PANORAMA DA POLÍTICA CRIMINAL ENTRE A VISÃO DE FRANZ VON LISZT E DE CLAUS ROXIN	36
PROBLEMAS DO CÁRCERE: BREVE ANÁLISE DA REINserÇÃO SOCIAL A PARTIR DE ERVING GOFFMAN	48
TRANSPOSIÇÃO DO RIO SÃO FRANCISCO – CONSIDERAÇÕES SOBRE INDÚSTRIA DA SECA, DESENVOLVIMENTO E TERRITORIALIDADES A PARTIR DOS MEGAEMPREENHIMENTOS	60
A DIALÉTICA DOS DIREITOS HUMANOS PERANTE O CLAMOR SOCIAL	90
LAROYÉ, EXU OU O ENCONTRO ENTRE PEDAGOGIA E DIREITO AFRICANO	100
A NECESSIDADE HUMANA DE TRABALHAR PARA CONSUMIR: UMA ANÁLISE DO CAPITALISMO NA CONTEMPORANEIDADE SEGUNDO AS CONCEPÇÕES DE HANNAH ARENDT E ZYGMUNT BAUMAN	111
ESTIGMA E QUESTÕES DE GÊNEROS: A HOMOFOBIA INSTITUCIONAL E A DIVERSIDADE SEXUAL NA ESCOLA	121
LETALIDADE POLICIAL, JUVENTUDE NEGRA - UM ESTUDO SOBRE FLUXO PROCESSUAL DE HOMICÍDIOS DECORRENTES DA ATUAÇÃO POLICIAL	131
EM BUSCA DA EFETIVA PROTEÇÃO ÀS MULHERES NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO	143

DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS: O MARCO TEMPORAL DE OCUPAÇÃO FRENTE À VONTADE CONSTITUCIONAL DE RECONSTRUÇÃO E PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL _____	154
UMA REFLEXÃO SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE UM "CONTROLE CONCENTRADO DE CONVENCIONALIDADE" _____	166
FECHAMENTO DA FRONTEIRA BRASIL X VENEZUELA: UMA ANÁLISE DA ACO 3.121 E SUAS REPERCUSSÕES NA GARANTIA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS ____	178
OCUPAR E RESISTIR: UMA ANÁLISE DA LIDERANÇA FEMININA NA LUTA POR MORADIA NA CIDADE DO RECIFE _____	190
POVOS INDÍGENAS E VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO MARCO TEMPORAL DA OCUPAÇÃO _____	203
O MOVIMENTO NEGRO E SEU PAPEL EDUCADOR: EPISTEMOLOGIAS CONTRA-HEGEMÔNICAS QUE EMERGEM DAS PRÁTICAS SOCIAIS _____	217
POLICIAMENTO À BRASILEIRA: O CAPITÃO DO MATO, O POLICIAL MILITAR E A CARNE MAIS BARATA DO MERCADO: UMA ANÁLISE HISTORICO-SOCIAL DA AUTOFAGIA NEGRA ____	229
POSITIVIDADE EM ADOLESCENTES: INTERVENÇÕES SÓCIO-EDUCATIVAS DENTRO DE QUESTÕES DE INTOLERÂNCIA A DST/AIDS _____	244
SOCIEDADE DE CONSUMIDORES: A SUBCLASSE VERSUS A DIGNIDADE HUMANA ____	255
UMA ANÁLISE SOBRE A EFICÁCIA DOS INSTRUMENTOS LEGAIS E INSTITUCIONAIS DO CRIME DE PESSOAS EM PERNAMBUCO _____	266
SUSTENTABILIDADE: UMA VISÃO SISTÊMICA SOBRE OS PROGRAMAS DE SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL _____	280
SEÇÃO 2: CULPABILIDADE E PENA _____	299
A PENA-BASE DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL: AS DIRETRIZES, A REPROVAÇÃO, A PREVENÇÃO DO CRIME E O (DES)RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, PROPORCIONALIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. _____	299

A REINTEGRAÇÃO SOCIAL COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DA PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA _____	311
POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO, MENORISMO E PODER JUDICIÁRIO: ANCORAGENS ATUALIZADAS DE UMA CULTURA PUNITIVA. _____	323
SEÇÃO 3: A TUTELA CONTRATUAL COMO AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS E SOCIAIS _____	336
A RESPONSABILIDADE CIVIL NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA _____	336
CONTRATO DE LENIÊNCIA E A “DELAÇÃO PREMIADA ADMINISTRATIVA”: IMPACTOS ADMINISTRATIVOS E PENAS NO CONTEXTO LEGAL ATUAL _____	342
A INFLUÊNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS: A TUTELA EXTERNA DO CRÉDITO NOS CONTRATOS PARITÁRIOS E DE ADESÃO. _____	355
A RETÓRICA DA GOVERNANÇA CORPORATIVA: UMA ABORDAGEM HERMENÊUTICA ____	366
SEÇÃO 4: UM ANO DE REFORMA TRABALHISTA _____	382
A (IN)COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL NA FIXAÇÃO DE JORNADA 12 X 36 POR ACORDO INDIVIDUAL ESCRITO _____	382
CONSTITUCIONALISMO E REFORMA TRABALHISTA: ASPECTOS DA REDUÇÃO DO INTERVALO INTRAJORNADA POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA _____	394
REGIME JURÍDICO DO PROFISSIONAL DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO _____	407
O CONTRATO ZERO HORA E O CONTRATO INTERMITENTE: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DAS EXPERIÊNCIAS DO REINO UNIDO E DO BRASIL _____	417
SEÇÃO 5: ANOS DA CONSTITUIÇÃO, TRIBUTAÇÃO E ORDEM SOCIAL: O QUE MUDOU?_	431
A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO LIMITAÇÃO AO PODER DE TRIBUTAR ____	431
A DÉCADA INCLUSIVA: DESIGUALDADE, POBREZA E POLÍTICAS DE RENDA _____	442

A ÍNDIA ACELERA O PASSO E DEIXA A ESTAGNAÇÃO PARA TRÁS. REVISTA EXAME. DISPONÍVEL EM: HTTPS://EXAME.ABRIL.COM.BR/REVISTA-EXAME/O-GIGANTE-ACELERA-O-PASSO/ . ACESSO EM: 09 NOV. 2018 _____	451
A EVOLUÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO AO LONGO DO SÉCULO: ANOTAÇÕES E REFLEXÕES PARA FUTURAS REFORMAS _____	452
CARROS X CARRUAGENS DA FÉ: UMA GARANTIA DO DIREITO DE NÃO PAGAR O IPVA OU ABUSO DA IMUNIDADE RELIGIOSA _____	463
CONSTITUIÇÃO E TRIBUTAÇÃO: INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E AS MUDANÇAS SOCIOECONÔMICAS _____	474
POLÍTICA DE INGERÊNCIA: O FRACASSO DA RETRIBUIÇÃO FISCAL/SOCIAL SOBRE A BASE DA CORRUPÇÃO _____	486
PLATAFORMAS DE STREAMING E REFLEXOS INEVITÁVEIS DA NORMA TRIBUTÁRIA: UMA ANÁLISE DA INCIDÊNCIA DO ISSQN SOBRE A NETFLIX _____	497
PESTE, FOME, GUERRA E REVOLUÇÃO: EQUALIZADORES SOCIAIS. _____	516
CRÍPTOMOEDAS: A MOEDA VIRTUAL BITCOIN E SEUS EFEITOS FISCAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO _____	526
CRÍPTOMOEDAS: REGULAÇÃO E TRIBUTAÇÃO NO BRASIL. UMA ANÁLISE À LUZ DA EXPERIÊNCIA ALEMÃ. _____	539
O CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ATRAVÉS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: EVOLUÇÃO NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA. _____	550
SEÇÃO 6: PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA _____	562
O IRDR E O PAPEL DA DEFENSORIA DENTRO DO NOVO CPC _____	562
O PREQUESTIONAMENTO FICTO DO ARTIGO 1.025 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ANÁLISE DA NECESSIDADE DE REVOGAÇÃO DA SÚMULA 211 DO STJ. _____	571
NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL NO CPC/2015 _____	582

O INSTITUTO DA FRAUDE À EXECUÇÃO E O TERCEIRO DE BOA-FÉ NO CPC/2015 _____	592
AS MEDIDAS ESTRUTURANTES COMO FERRAMENTA DE EFETIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO _____	602
CLÁUSULA GERAL DE ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS NAS OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS: ANÁLISE À LUZ DA DOCTRINA E JULGADOS DO STJ _____	612
DESAFIOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DO MODELO MULTIPORTAS NO PROCESSO CIVIL: O CASO TJPE. _____	624
PODE A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL AJUDAR EM PROCESSOS JUDICIAIS NA BUSCA PELA EFETIVIDADE DA JUSTIÇA? _____	638
POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DOS ELEMENTOS DA DEMANDA APÓS A FASE DE SANEAMENTO (CPC/2015, ART.329): UMA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO DINÂMICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL _____	648
SEÇÃO 7: A VALORAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL _____	659
ÔNUS DA PROVA INVERTIDO: RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA? _____	659
OS <i>STANDARDS</i> PROBATÓRIOS E O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO: MÉTODOS DE CONTROLE DO SISTEMA DE VALORAÇÃO DAS PROVAS. _____	669

SEÇÃO 1:

Teorias do Direito Contemporâneo, Direitos Humanos e Subjetividades.

A IMPORTÂNCIA DO *COMPLIANCE* E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Bruno Augusto Ferreira (Direito/ UNINASSAU)

Maria Juliana de Oliveira Aureliano (Direito/ UNINASSAU)

Orientadora: Angélica Souza Veríssimo da Costa (Direito/ UFPE)

Resumo: A presente pesquisa é baseada no estudo do *compliance* como uma ferramenta de combate à corrupção nas contratações entre as empresas e a Administração Pública no Brasil, tendo como resultado relações mais transparentes, mais idôneas e, conseqüentemente, prestação de serviços mais eficiente. Como problema de pesquisa, tem-se a aplicação do direito de preferência nas licitações para as empresas que possuem na sua estrutura o instituto do *compliance*. A proposta metodológica inserida neste trabalho foi a analítica e descritiva, optando-se pelo método de pesquisa bibliográfica e documental. Justifica-se a escolha deste tema pela grande importância e discussão acerca do mesmo na atualidade, frente à necessidade de negociações mais eficazes com a Administração Pública e que atendam a contento à necessidade da coletividade, equilibrando a razoabilidade e a proporcionalidade na utilização dos recursos públicos. Sendo assim, o objeto deste estudo é defender relações menos corruptas, baseadas em processos que se encontram em concordância com as normas internas, estabelecidas pelo programa de *compliance* e externas estabelecidas pela legislação. Como objetivo específico, busca-se demonstrar a viabilidade do direito de preferência nos processos licitatórios para as empresas que em sua estrutura possuem programa de *compliance* com a finalidade de combater a corrupção nos processos e conseqüentemente atender com mais eficiência as necessidades da coletividade, cumprindo a função social na relação entre as empresas e a Administração Pública. A postura ética passa a ser uma estratégia corporativa, que demonstra que a empresa que se relaciona com a Administração Pública transmite segurança e solidez.

Palavras-chave: *Compliance*. Corrupção. Eficiência. Empresas. Administração Pública.

Abstract: The present research is based on the study of compliance as a tool to combat corruption in contracting between companies and Public Administration in Brazil, resulting in more transparent, more appropriate relationships and, consequently, more efficient service delivery. As a research problem, one has the application of the right of preference in the biddings for the companies that have in their structure the institute of compliance. The methodological proposal inserted in this work was analytical and descriptive, opting for the method of bibliographical and documentary research. The choice of this topic is justified by the great importance and discussion about it today, in view of the need for more effective negotiations with the Public Administration and that meet the needs of the community, balancing reasonableness and proportionality in the use of public resources. Therefore, the purpose of this study is to defend less corrupt relationships, based on processes that are in accordance with the internal norms established by the compliance program and external established by the legislation. As a specific objective, the aim is to demonstrate the viability of the preemptive right in the bidding processes for companies that in their structure have a compliance program with the purpose of combating corruption in the processes and, consequently, to meet the needs of the collectivity more effectively, fulfilling the social function in the relationship between companies and the Public Administration. The ethical stance becomes a corporate strategy, which shows that the company that is related to the Public Administration conveys safety and soundness.

Keywords: Compliance. Corruption. Efficiency. Companies. Public Administration.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade a demonstração da viabilidade do *compliance* (conformidade), especificamente como fator preferencial na contratação das empresas pela Administração Pública com o princípio da eficiência.

Sabe-se, que o princípio da eficiência é um dos principais deveres, que está sujeita a Administração Pública em direção ao alcance da qualidade dos serviços prestados à coletividade.

Todavia, essa eficiência se encontra abalada com a alta incidência de fraudes, desconformidades e corrupção que geram os desvios das finalidades dos recursos, impedindo o melhor desempenho e organização.

Assim, para prevenir os riscos de condutas não conformes, diminuir o grau de evasão dos recursos com fraudes e corrupções junto à Administração Pública, bem como garantir uma gestão ética, íntegra e de boa-fé dos recursos públicos, faz-se necessário o programa de *compliance* nas empresas que se relacionam com a Administração Pública, imprimindo um

critério de preferência para contratação como forma de combate à corrupção e a busca da excelência na prestação de serviços à coletividade.

Embora não exista legislação expressa sobre a obrigatoriedade do *compliance*, alguns elementos do texto da Constituição com relação aos princípios, bem como doutrina e legislação, evidenciam e corroboram para uma interpretação nesse sentido.

1. ANOTAÇÕES SOBRE O COMPLIANCE

1.1 Síntese histórica do *compliance* no Brasil

Na década de 1970, o cenário internacional, em especial o americano, enfrentou forte crise, ligada a pagamento de propinas para patrocínio de campanhas eleitorais, o que ocasionou um abalo na credibilidade das empresas e corporações na ocasião, e fez surgir a lei anticorrupção americana, que ficou conhecida como FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*). Afirma Araújo (2015), que o surgimento desta Lei foi um marco na luta contra a corrupção empresarial nos EUA. Desde então, uma crise que era de credibilidade passou a ser de competitividade, já que houve uma regulação do sistema financeiro internacional e conseqüentemente um aumento da concorrência.

A abertura econômica do Brasil, a partir do ano de 1990, levou o país a ocupar espaço no cenário financeiro mundial e conseqüentemente, adequar-se aos padrões desse mercado internacional, buscando minimizar práticas e procedimentos irregulares com responsabilidade social corporativa e o comprometimento permanente com a questão ética e boas práticas.

Com o aprimoramento da legislação nacional, na busca pelo combate à corrupção e a prática de atos ilegais, destaca-se o surgimento das seguintes leis: Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), que trata dos atos de improbidade praticados por qualquer agente público que atentam contra os Princípios da Administração Pública; a Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93), que regulamenta os processos licitatórios e contratos de acordo com os princípios da Administração Pública; a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), que regulamenta o acesso às informações públicas produzidas ou detidas pelo governo; a criminalização da corrupção, bem como a internacional no Código Penal que se encontram nos artigos 317, 333, 337-B e 343 e finalmente a criação da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), também conhecida como LAC, que foi promulgada em primeiro de agosto de 2013 e está em vigor desde o dia 29 de janeiro de 2014 e dispõe sobre a responsabilização objetiva civil e administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira.

A questão da corrupção no Direito penal remonta ao Brasil Império. Atualmente também se faz presente no Código Penal, como doutrina Busato (2005, p. 26): “La separación entre las figuras delictivas corrige algunos problemas de interdependencia del concurso necesario,

pero, la redacción de los tipos supone una variada clase de otros problemas que evidencian una tendencia clara a volver la incriminación en contra de la persona Del funcionario público.” A Lei anticorrupção trouxe um incentivo à adoção do mecanismo do *compliance* nas empresas brasileiras, não somente como uma garantia de reputação com relação aos valores éticos, mas como importante ferramenta no combate à corrupção no Brasil.

Nesse sentido, dispõe o artigo 7º, VIII, da Lei nº 12.846/13:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

[...]

VIII – a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;[...] (BRASIL, 2013).

Ao tratar dessa matéria, quis o legislador esclarecer a importância do *compliance* para as organizações quando se trata de prevenir atos lesivos em geral, bem como punir de forma adequada as fraudes, caso elas existam.

Estimulando a adoção da medida do *compliance*, a lei busca minimizar a instalação da corrupção na Administração Pública, porém essa efetivação não é obrigatória sendo uma orientação da Lei Anticorrupção. Todavia, as corporações que adotam medidas de programas de integridade tem um ganho, não só quando se trata de atenuar as penas impostas pela Lei nº 12.846/13, mas também agrega um valor à sua imagem e reputação diante do mercado.

No que pese a regulamentação pelo Poder Executivo Federal, encontra-se prevista no artigo 7º, parágrafo único da Lei nº 12.846/13: “Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo Federal”.

Isso quer dizer que os programas de *compliance* adotados pelas empresas brasileiras terão a avaliação prevista no decreto e serão estabelecidos parâmetros que os regulamentem, no Decreto Federal nº 8.420/2015 que dispõe sobre a responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências, objetivando a dosimetria das penalidades impostas pela Lei Anticorrupção.

Alguns exemplos de benesses trazidas pela lei anticorrupção são a dispensa da publicação extraordinária da decisão condenatória em processo administrativo, a revelação da proibição das sociedades receberem doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas e a redução em até 2/3 do valor da multa aplicável em face do cometimento do ato ilícito.

Diante delas, percebe-se a importância para empresa, da criação de um programa de integridade. Programa esse, chamado de *compliance* que será conceituado e descrito a seguir.

1.2 Conceito e descrição do *compliance*

Para Ubaldo (2017, p. 121) o termo *compliance* pode ser definido como uma série de medidas internas a serem adotadas pelas empresas, para prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis que disciplinam a atividade desenvolvida, ou caso alguma violação seja identificada, ter a capacidade de corrigi-la de forma imediata.

Segundo a cartilha Função de *Compliance* (2017) a palavra *compliance*, origina-se do verbo em inglês *to comply*, que significa cumprir, executar, satisfazer, realizar o que lhe foi imposto. É o ato de estar em conformidade com os regulamentos internos e externos impostos a determinada atividade.

O termo *compliance*, significa agir de acordo com uma regra, uma orientação interna da empresa ou corporação, ou seja, estar em conformidade com os regulamentos e normas internas e externas.

Sendo assim, a ideia de conformidade e cumprimento de um procedimento é reforçada, tanto no que diz respeito a regulamentos internos, aqueles criados pela empresa, como cartilhas, visão, missão e procedimentos próprios, quanto externos, aqueles legais (Leis, decretos, portarias, etc.). Entende-se que *compliance* é um conjunto de mecanismos que devem ser adotados nas empresas visando o cumprimento das orientações e dispositivos previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

O Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União (CGU) é responsável pela maioria dos procedimentos como instauração e julgamento dos processos administrativos de responsabilização e celebração dos acordos de leniência no âmbito do Poder executivo Federal.

Utilizar o instituto do *compliance*, como instrumento de combate à corrupção e também como ferramenta de alcance da eficiência, e melhoramento na prestação dos serviços à coletividade, principalmente nas relações contratuais com a Administração Pública, vem se tornando cada vez mais importante, diante do cenário atual, que urge por processos mais transparentes e efetivos que atendam a real necessidade do todo.

2. A UTILIZAÇÃO DO COMPLIANCE NAS EMPRESAS, COMO FORMA DE COMBATE À CORRUPÇÃO

No cenário corporativo brasileiro atual, percebe-se ainda a falta de transparência nas tomadas de decisões, bem como, o manejo das finanças de forma ilícita e, muitas vezes, incoerência na aplicação da lei, o que causa significativa insegurança jurídica e péssima reputação diante do mercado. Deve-se levar em consideração também uma carga de burocracia exigida em

determinados setores, que estimula o famoso “jeitinho brasileiro”, ou seja, conhecer alguém que resolva determinada situação, muitas vezes é mais importante do que seguir o trâmite legal.

Parafrazeando Mona (2013, p. 152), eis os riscos recorrentes e comuns que as corporações podem sofrer, nas economias emergentes:

- a) A falta de um modelo de conduta ética praticada pela alta administração, aliado a inconsistência no comportamento, nas ações e principalmente no discurso;
- b) A falta de políticas e procedimentos anticorrupção devidamente implementados, e quando existentes, são inadequados;
- c) O receio de ao avaliar os riscos, despontem surpresas, algo inesperado diante da incapacidade de solucioná-las;
- d) A forma incorreta de realizar as diligências prévias ou até mesmo não as realizar. Quando realizadas, são pelo motivo apenas da necessidade do negócio, e não pela ameaça que os riscos poderiam causar.

Esses riscos reforçam a extrema importância do mecanismo do *compliance* nas empresas que se relacionam com a Administração pública, como grande aliado no combate à corrupção. Através do *compliance*, são realizadas diligências prévias com o objetivo de prevenção contra os atos de corrupção.

Assim, fica claro que os esforços voltados ao combate à corrupção, precisa contar com o *compliance* como ferramenta essencial prevenindo os riscos, implementando políticas de controle e conjunto de disciplinas que asseguram o cumprimento de todas as exigências dos órgãos de regulamentação e uma maior eficiência na prestação dos serviços por parte das empresas, através dos pilares do programa.

3. O COMPLIANCE E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Para o estado atingir a sua função social, com eficiência e conseguir beneficiar a coletividade, é essencial estar apoiado nos pilares da legalidade, transparência, moralidade e ética.

A eficiência enquanto princípio, carrega uma carga valorativa e deve ser observado por todos os órgãos da administração pública. O princípio da eficiência foi acrescido ao texto da Constituição, através da Emenda Constitucional 19 de 1998, com o objetivo de gerar mais benefícios à coletividade, aproveitando melhor os recursos e otimizando a prestação de serviços à sociedade em respeito ao cidadão contribuinte, conforme expresso no artigo 37 da CF/88:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade,

impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e também ao seguinte: [...] (BRASIL, 1988).

Embora já tenha havido um grande progresso nesse sentido, a corrupção ainda é um dos maiores desafios a ser combatido para o alcance da eficiência.

Meirelles (2003, p. 102) fala na eficiência como um dos deveres da Administração Pública, definindo-o como aquilo que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional.

Isso significa que deve haver um comprometimento do agente público no sentido de realizar as atribuições que lhe são impostas com a máxima presteza, otimizando os recursos e com muita qualidade.

Maximiniano e Nohara (2017, p. 23) acrescenta, que o conceito de eficiência é a aplicação da racionalidade na utilização dos recursos para realização dos objetivos.

Lançando mão de programas que proporcionam a conformidade, as empresas se apresentam com moralidade e transparência pública, monitorando inclusive, os resultados que estão sendo obtidos e proporcionando uma maior eficiência.

Assim, o *compliance* passa a ser um instrumento de combate à corrupção, e por essa razão, sugere-se o direito de preferência, na contratação pela Administração Pública, das empresas que trabalham com o programa de integridade.

4. O COMPLIANCE E A VIABILIDADE DO DIREITO DE PREFERÊNCIA

No cenário brasileiro, diante das inúmeras operações contra os atos ilícitos nas relações contratuais, bem como do surgimento de uma cultura anticorrupção, e da necessidade de programas que previnam e combatam os desvios éticos nas corporações que contratam com a Administração Pública, cada vez mais empresas vem adotando programas de *compliance*, como forma de evitar, detectar e corrigir esses desvios.

A implantação de um programa de *compliance*, efetivo, reflete na sociedade como um todo, na medida em que cria uma atmosfera muito mais ética e proporciona às pessoas que participam das corporações uma conscientização sobre os seus deveres sociais e comportamentais, além de valorizar consideravelmente a reputação da empresa diante do mercado corporativo.

As grandes empresas estão dando preferência a subcontratar com empresas que adotem medidas ou programas de integridade, embora não seja obrigatória pela Lei Anticorrupção a adoção de programas de integridade no âmbito Federal.

Na Administração Pública, já se percebe, em alguns Estados, a exigência do *compliance* nas empresas, como pré-requisito para a contratação com o Estado.

Um dos exemplos, é o Estado do Rio de Janeiro, que com o advento da Lei 7.753 de 17 de outubro de 2017, estabeleceu a exigência de programa de integridade às empresas que celebrarem contratos administrativos

O Distrito Federal também disciplinou o tema na Lei nº 6.112, de 02, de fevereiro de 2018, que tornou obrigatória, em alguns casos, a adoção de programas de integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Distrito Federal, em todas as esferas de Poder e dá outras providências.

De acordo com Braga (2018), a partir da Lei nº 13.303/2016, ficou determinado que as empresas estatais implementem, sob a supervisão dos seus conselhos, sistemas de controle interno.

Seguindo a mesma orientação de exigência de adoção de programas de integridade, o Conselho Monetário Internacional, através de uma resolução nº 4.595/2017, implementou essa condição.

Assim, diante dos inovadores diplomas legais, que somados aos demais já existentes, consolidam o programa de integridade como forma de combate às práticas lesivas e em defesa do erário nas relações entre as empresas e a Administração Pública.

Para tanto, após todas as razões expostas acima, sugere-se a viabilidade do direito de preferência para as empresas que possuem programa de *compliance* na sua estrutura, quando estiverem participando de processos licitatórios, como uma alternativa promissora para contratações mais íntegras, honestas e eficientes, garantindo o princípio da isonomia entre os participantes, com valores de R\$: 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$: 1.430.000,00 (um milhão quatrocentos e trinta mil reais) para compras e serviços.

Os valores sugeridos para o direito de preferência levaram em consideração os princípios da isonomia, que garante uma concorrência nos mesmos patamares para todos e da razoabilidade, que leva em consideração o modo de agir com razão nas decisões cotidianas e proporcionalidade, que trata da medida a ser adotada com lógica e segurança e são baseados nos valores da legislação já existente e recentemente alterada pelo Decreto Federal nº 9.412/18 que atualizou os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da Lei 8.666/93.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *compliance* destaca-se como instrumento garantidor das normas anticorrupção nas empresas que se relacionam com a Administração Pública, norteando a atividade empresarial e contribuindo para o alcance da eficiência nas contratações públicas em favor da coletividade.

Em especial após o advento da Lei nº 12.846/13, uma nova realidade se colocou diante das corporações, que fez do *compliance* condição fundamental para que as empresas previnam os riscos e, se for o caso, detectem e combatam os atos ilícitos, além de ser um atenuante para as sanções impostas pela lei, caso a empresa se veja envolvida em atos de corrupção. Empresas que na sua estrutura trabalham com programas de *compliance*, além de cumprirem as exigências necessárias junto ao Estado, tendem preferencialmente, a uma vantagem competitiva, uma vez que apresentam uma maior segurança e conformidade nas suas práticas e conseqüentemente uma maior e melhor gestão dos riscos.

Esses mecanismos que evitam e combatem as práticas ilícitas reverberam na reputação das empresas e refletem diante do mercado corporativo, concorrendo para uma mudança cultural e formando uma consciência ética como valor humano, que desde a época colonial foi pautada em interesses econômicos e atos de corrupção, beneficiando interesses pessoais em detrimento dos interesses da coletividade. Essa mudança de postura estimula um comportamento ético e produz condutas sociais mais idôneas nas empresas brasileiras.

É preciso estabelecer uma cultura de *compliance* e garantir que nos contratos com a Administração Pública, a corrupção e condutas de má-fé, não avançarão, contribuindo assim para uma gestão mais honesta e eficaz.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, ANDRÉ. A CAMPANHA ANTICORRUPÇÃO E A INDÚSTRIA DO COMPLIANCE. 2015. DISPONÍVEL EM: <[HTTPS://JORNALGGM.COM.BR/NOTICIA/A-CAMPANHA-ANTICORRUPCAO-E-A-INDUSTRIA-DO-COMPLIANCE-POR-ANDRE-ARAÚJO](https://jornalggm.com.br/noticia/a-campanha-anticorruptcao-e-a-industria-do-compliance-por-andre-araujo)>. ACESSO EM: 28 OUT. 2018.

BITTENCOURT, SIDNEY. COMENTÁRIOS À LEI ANTICORRUPÇÃO: LEI 12.846/2013.2. SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2014.P.84.

BUSATO, PAULO CÉSAR. HISTORIA Y PERSPECTIVAS RESPECTO DE LA CORRUPCIÓN EN BRASIL. REVISTA PENAL, N.º 36, JUL/2015. VALENCIA: TIRANT LO BLANCH, 2015.

BRAGA, ANDRÉ DE CASTRO O. P. A EXIGÊNCIA DE PROGRAMA DE INTEGRIDADE EM LICITAÇÕES FEDERAIS. 2018. DISPONÍVEL EM: <[HTTPS://WWW.CONJUR.COM.BR/2018-ABR-21/ANDRE-BRAGA-EXIGENCIA-PROGRAMA-INTEGRIDADE-LICITACOES](https://www.conjur.com.br/2018-abr-21/andre-braga-exigencia-programa-integridade-licitacoes)>. ACESSO EM: 23 SET. 2018.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. BRASÍLIA, DISTRITO FEDERAL: SENADO, 1988. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/CONSTITUICAO.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. ACESSO EM: 30 ABR. 2017.

_____.DECRETO Nº 8.420, DE 18 DE MARÇO DE 2015. DISPONÍVEL EM:<[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm)> ACESSO EM 23 OUT 2018.

_____. DECRETO Nº 9.412 DE 18 DE JUNHO DE 2018. DISPONÍVEL EM:<[HTTPS://PRESREPUBLICA.JUSBRASIL.COM.BR/LEGISLACAO/591231994/Decreto-9412-18](https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/591231994/decreto-9412-18)> ACESSO EM 20 NOV 2018.

_____. LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/L8666CONS.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. ACESSO EM: 26 MAI. 2017.

_____. LEI 12.846/2013. DE 1º DE AGOSTO DE 2013 DISPONÍVEL EM:<[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm)> ACESSO EM: 23 OUT 2018.

CLAYTON, MONA ENTENDENDO OS DESAFIOS DE COMPLIANCE NO BRASIL: UM OLHAR ESTRANGEIRO SOBRE A EVOLUÇÃO DO COMPLIANCE ANTICORRUPÇÃO EM UM PAÍS EMERGENTE. IN: DEBBIO, ALESSANDRA DEL; MAEDA, BRUNO CARNEIRO; AYRES,

CARLOS HENRIQUE DA SILVA (ORGS.). TEMAS DE ANTICORRUPÇÃO & COMPLIANCE. SÃO PAULO: ELSEVIER EDITORA, 2013, P.150 - 152.

CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 18. ED. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2006.

DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. DIREITO ADMINIATRATIVO. 30. ED. SÃO PAULO: EDITORA FORENSE, 2017.

FERNANDES, JORGE ULISSES JACOBY. A QUALIDADE NA LEI DE LICITAÇÕES: O EQUÍVOCO DE COMPRAR PELO MENOR PREÇO, SEM GARANTIR A QUALIDADE. JUS NAVIGANDI, TERESINA, ANO 5, N. 38, 1 JAN. 2000. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://JUS.COM.BR/ARTIGOS/429](http://jus.com.br/artigos/429)>. ACESSO EM: 29 OUT. 2018.

FUNÇÃO DE COMPLIANCE: CARTILHA FUNÇÃO COMPLIANCE, ABBI – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS INTERNACIONAIS, POR MEIO DO COMITÊ DE COMPLIANCE, E A FEBRABAN – FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS, PELA COMISSÃO DE COMPLIANCE. DISPONÍVEL EM <[HTTP://WWW.ABBI.COM.BR/DOWNLOAD/ FUNCAODECOMPLIANCE_09.PDF](http://www.abbi.com.br/download/funcao Decompliance_09.pdf)> ACESSO EM: 18 SET. 2018.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 16. ED. SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2014.

MAXIMIANO, ANTONIO CESAR AMARU E NOHARA, IRENE PATRÍCIA. GESTÃO PÚBLICA: ABORDAGEM INTEGRADA DA ADMINISTRAÇÃO E DO DIREITO ADMINISTRATIVO. SÃO PAULO: ATLAS, 2017, P. 23, 276.

MEIRELLES, HELY LOPES. DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO. 28. ED. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2003.

MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 27. ED. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2011.

UBALDO, FLÁVIA SAFADI. LEI ANTICORRUPÇÃO: A IMPORTÂNCIA DO PROGRAMA DE COMPLIANCE NO CENÁRIO ATUAL. IN: PORTO, VINICIUS; MARQUES, JADER (ORGS.). O COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO. PORTO ALEGRE: LIVRARIA DO ADVOGADO, 2017, P.120.

ABORDAGEM POLICIAL SELETIVA E RACISMO INSTITUCIONAL: IMPLICAÇÕES PARA GARANTIAS DE DIREITOS DE ADOLESCENTES APREENDIDOS POR ATO INFRACIONAL EM RECIFE/PE.

*Maria Simone Gonzaga de Oliveira (Direito/ UNICAP)¹
Gustavo Charly Pessoa do Nascimento (Direito/ UNICAP)²
Érica Babini Lapa do Amaral Machado (Direito/ UFPE)³*

Resumo: O trabalho se dispõe a discutir a seletividade nas investidas policiais, através do tirocínio, o qual é orientado pelo recorte racial e de classe, no município do Recife, e as implicações quanto às garantias penais e processuais de adolescentes apreendidos em flagrante de ato infracional. Estudos realizados por Jaqueline Sinhoretto (2014) apontam a filtragem racial na seleção policial de suspeitos decorrem de uma lógica de racismo institucional, de modo que o policial mesmo antes do contato direto nas ruas com os indivíduos, têm intrínsecos em sua formação os supostos signos de suspeição na cidade de São Paulo. A partir desses elementos, levanta-se a hipótese de que no Recife a questão segue a mesma abordagem violenta e discriminatória, porque existe uma lógica da seletividade, onde sujeitos com características semelhantes às apreendidas durante a formação policial são os clientes majoritariamente preteridos desta agência. Trata-se de recorte de pesquisa de mestrado, em andamento, na qual, metodologicamente, a abordagem é quantitativa e qualitativa. Foram coletados dados na Delegacia Especializada da Criança e do Adolescente, a partir dos autos de apreensão em flagrante e boletins de ocorrência circunstanciada, do primeiro semestre de 2017, a fim de compreender o perfil socioeconômico e racial e os tipos de atos infracionais praticados, bem como o local da apreensão e a razão da mesma, como também foram realizadas entrevistas semiestruturadas no Centro de Internação Provisória – CENIP. Os resultados apresentados indicam que o perfil dos adolescentes apreendidos são: negros; residentes de bairros periféricos do município do Recife e com grau de escolaridade baixo, os quais, em sua maioria, foram apreendidos em locais públicos e com quantidade baixa de entorpecentes. A lente teórica utilizada indica que a base fomentadora do tirocínio é o racismo institucional e nesse sentido, jovens negros têm

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco/UNICAP, Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Vale do Ipojuca. E-mail: simone.gonzaga@outlook.com.br

² Graduando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. E-mail: gustavocharlys@outlook.com

³ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professora do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP E-mail: ericababini@hotmail.com.

maior vigilância em torno de si; o que leva a pressupor que o “faro policial”. Logo, questiona-se se todas as abordagens têm de fato fundamento material para tanto ou se são efetuadas apenas em decorrência do “faro policial”, materializando em concreto um racismo institucional. Isto é, trata-se de uma “forma de racionalidade, de compreensão das relações, o que constitui a porção consciente e inconsciente do modo de estruturação normal da sociedade” (ALMEIDA, 2018) que se reflete na naturalização do encarceramento massivo dessa população (BRASIL, 2016). Enfim, resta evidenciado que a polícia determina a suspeição com base em uma construção racista do seu instinto policial, arraigado em toda a estrutura dessa instituição, ocasionando, assim, a violação às garantias e direitos dos adolescentes. Diante disso, a perspectiva desta pesquisa é de descrever e refletir sobre como tais práticas policiais em Recife/PE incidem sobre direitos e garantias penais e processuais dos adolescentes em conflito com a lei.

Palavras-chave: Adolescente em conflito com a lei. Racismo institucional. Suspeição policial.

Abstract: The paper sets out to discuss the selectivity of police interventions by means of *tirocínio*, which is guided by the racial and class clipping, in the city of Recife, and the implications of the criminal and procedural guarantees of adolescents seized in flagrant delicto. Studies produced by Jaqueline Sinhoretto (2014) point out that racial profiling in the police selection of suspects arises from a logic of institutional racism, so that the police, even before direct street contact with individuals, have intrinsic in their training the supposed signs of suspicion, in the city of São Paulo. Based on these elements, a hypothesis arises that Recife has the same perspective of violent and discriminatory approach, because there is a logic of selectivity, where subjects with characteristics similar to those seized during police training are the preferred public of this agency. It is a master's research, in progress, in which, methodologically, was made approach quantitative and qualitative. Data were collected at the Specialized Police Station for Children and Adolescents, in which were collected from the documents of apprehension in flagrant and bulletins of circumstantial occurrence, of the first half of 2017, with the purpose of to understand the socioeconomic, racial profile and the types of infraction acts practiced, as well as the location of the apprehension and the reason of this. Semi-structured interviews were also carried out at the *Centro de Internação Provisória – CENIP*. The results suggests that the profile of adolescents seized are: black young persons; residents of peripheral districts of the municipality of Recife and with a low level of schooling, which, for the most part, were seized in public places and with a low amount of drugs. The theoretical lens utilized indicates that the fomenting base of the *tirocínio* is the institutional racism and, in that sense, young black persons have more vigilance around themselves; which leads to think that the “*faro policial*” is guided for the racial stigmas. Therefore, it is questioned

whether all the approaches have in fact material bases for so much or if they are carried out only as a result of the "*faro policial*", materializing in concretely an institutional racism. That is, it is a "form of rationality, of understanding of relations, which constitutes the conscious and unconscious portion of the normal structuring mode of society" (ALMEIDA, 2018), which is reflected in the naturalization of the massive incarceration of this population (BRASIL, 2016). Lastly, it is evident that the police determine the suspicion based on a racist construction of their police instinct, intrinsic in the whole structure of this institution, thus causing the violation of the guarantees and rights of adolescents. Thus, the perspective of this research is to describe and reflect about how such police practices in Recife / PE focus on criminal and procedural rights and guarantees of adolescents in conflict with the law.

Keywords: Adolescent in conflict with the law. Institutional racism. Police suspicion.

INTRODUÇÃO

O trabalho tem como temática a abordagem policial seletiva com recorte de raça e classe sobre adolescentes em conflito com a lei na cidade do Recife/PE.

Esta pesquisa pretende justamente descrever e refletir sobre o real funcionamento do processo de apreensão em flagrante de ato infracional de adolescentes na cidade do Recife/PE, verificando a correlação entre as práticas policiais durante sua atuação, sobretudo no policiamento ostensivo, e o racismo institucional, o qual incide sobre esta agência de forma majoritária, desde a formação dos novos policiais até a manutenção dos saberes racistas que perduram entre os policiais antigos na corporação.

A faceta racista a qual nos referimos neste artigo vai além de comportamentos individuais dos agentes, uma vez que mesmo sem o suporte da teoria racista de intenção, produz consequências desiguais para os membros das diferentes categorias raciais (SOUZA apud REX, 1987, p. 185). Dessa forma, acreditamos haver uma forte ligação entre o racismo institucional e a agência policial, pois esta como força armada do Estado direcionada para os fins de eliminação do contingente negro, é construída e mantida pelas investidas da estrutura social racista na qual se encontra imersa.

Não nos manteremos aqui na redoma de neutralidade racial que o mito da democracia racial estimula na estrutura policial, pois através da abordagem científica utilizada para os fins de coleta dos dados, tanto objetivos quanto subjetivos nas entrevistas semi-estruturadas, demonstraremos o viés discriminatório, discricionário e violento da ação policial, não somente, como também analisaremos as movimentações para que tal estrutura permaneça no ciclo de morte, física e simbólica, e desumanização da população negra.

Os clientes preteridos pela instituição policial, revelam-se nos dados e entrevistas com idade terter 12 e 17 anos de idade, do sexo masculino a quem foi atribuída a autoria de um ato infracional, que é a conduta tipificada como crime ou contravenção penal na legislação brasileira.

Em relação a metodologia adotada, abordagem fora qualitativa e quantitativa, os dados quantitativos sobre o perfil dos adolescentes apreendidos na cidade do Recife/PE, foram conseguidos por meio da análise do universo dos boletins de ocorrências bem como, autos de apreensão em flagrantes, durante o primeiro semestre de 2017, este material fora coletado na Delegacia de Criança e Adolescente, localizada no CICA, Centro Integrado da Criança e do Adolescente.

A opção foi realizar uma análise descritiva do material coletado, sem incluir neste texto qualquer imagem, nomenclatura que pudesse expor os sujeitos da pesquisa, conforme resoluções éticas que envolvam seres humanos.

Como coleta de dados qualitativos, optamos por entrevistas semiestruturadas com adolescentes do CENIP- Centro de Internação Provisória da cidade do Recife, ressalta-se que nenhuma entrevista foi gravada por opção da própria pesquisadora, que entendeu que a presença de um gravador constrangeria os entrevistados e poderia representar uma barreira às conversas, utilizando apenas um caderno de campo.

Ademais fora trabalhado a observação nos plantões da Delegacia de Criança e Adolescente, localizada no CICA, Centro Integrado da Criança e do Adolescente, para compreender como se dá a abordagem policial e a ouvida dos adolescentes.

1. RACISMO: A PENEIRA DA ABORDAGEM POLICIAL.

A primeira coisa que a gente percebe nesse papo de racismo é que todo mundo acha que é natural. Que negro tem mais é que viver na miséria.(...) Daí, é natural que seja perseguido pela polícia, pois não gosta de trabalho, sabe? Se não trabalha, é malandro e se é malandro é ladrão. Logo, tem que ser preso, naturalmente. Menor negro só pode ser pivete ou trombadinha, pois filho de peixe, peixinho é. (GONZALEZ, 1980).- grifos nossos.

Há estigma. O estigma racial⁴ engendrado na agência policial há de ser perpetuado por sua ação. A forma como a estrutura policial é organizada em direção à naturalização do racismo é demonstrada em suas atividades. Assim como mencionado por Lélia no trecho o seu texto *Racismo e Sexismo na Cultura Brasileira*, a naturalidade dos estigmas raciais é o

⁴ Estigma racial, neste texto, diz respeito às rotulações impostas sobre sujeitos pertencentes a um determinado grupo social, os quais sofrem uma série de reprovações sociais por tais características que os rotulam.

aspecto mantenedor da ação policial violenta e seletiva, uma vez que lançam repercussões sobre as feições sociopolíticas de como a abordagem policial é feita e a quem é direcionada. A carga negativa que os efeitos da história única⁵ exerce sobre o setor negro da sociedade, permeia sua subjetividade e faz com que seja normal pensar: “*é natural que seja perseguido pela polícia, pois não gosta de trabalho, sabe? Se não trabalha, é malandro e se é malandro é ladrão*”. Entretanto, tal naturalização não passa de uma falácia estimuladora da estrutura racista na qual esta agência se baseia.

Para entendermos como a agência policial opera, unidirecionalmente, mediante a abordagem policial, para o genocídio, subalternização e encarceramento em massa do setor negro, precisaremos, primeiramente, construir a noção de raça que, historicamente, abriu portas para o contexto em que esta agência atua contemporaneamente.

Segundo Silvio Almeida, “A noção de raça é utilizada para naturalizar as desigualdades, justificar a segregação e o genocídio de grupos sociologicamente considerados minoritários. (ALMEIDA, 2018) ”.

Raça é um instrumento do movimento civilizatório (colonialismo) direcionado para inferiorizar, material e simbolicamente, grupos sociais que não se enquadram nos padrões normativos de poder. Com base nessa classificação de inferiorização, o racismo surge como uma aparelhagem complexa, sofisticada e multifacetária, orientada para o extermínio de tais grupos socialmente minoritários⁶.

A naturalização da subalternização, por meio dos processos de desigualdade racial, é normalizada pelas instituições⁷. De acordo com Silvio Almeida, tais instituições são hegemônicas por grupos raciais que se encontram em espaços de poder e utilizam-se de destas estruturas institucionais com fim de monopolizá-las e torná-las “braços direitos” de seus interesses. Assim, a polícia, como instituição, funciona nessa dinâmica.

De forma didática, o racismo institucional é entendido como:

“O resultado do funcionamento das instituições, que passam a atuar em uma dinâmica que confere, ainda que indiretamente, desvantagens e privilégios a partir da raça (ALMEIDA, 2018). ”

Em toda a hierarquia policial, desde a formação básica até os graus de subordinação mais altos, o racismo institucional se encontra em vários aspectos, porém se torna mais nítido

5 Chimamanda Adichie conceitua história única como a supervalorização, neste caso negativa, cultural ou política, na qual forjam-se conhecimentos e comportamentos que na maioria das vezes correspondem aos aspectos e interesses de uma classe em particular que não é a realidade do indivíduo em particular.

6 Entenda-se grupos socialmente minoritários como setores qualificadamente minoritários pela ocultação do ser e da voz, mas não como um grupo quantitativamente pequeno, ou seja, dessa perspectiva, consideramos como grupos minorizados por estruturas sociais de poder.

7 Leia-se instituições como: modos de orientação, rotinização e coordenação de comportamentos que tanto orientam a ação social como a torna normalmente possível, proporcionando relativa estabilidade aos sistemas sociais. (HIRSCH, 2007).

durante a formação policial, momento em que os agentes têm seu primeiro contato com o *universo policial*. Invólucros no aprendizado de rua, os policiais tomam para si, mediante os ensinamentos de outros policiais antigos na corporação, as características básicas, chamados por Jaqueline Sinhoretto de “*signos de suspeição*”, dos rótulos impostos a determinados grupos raciais, tais como:

“Estilo de vestir, andar e falar que reivindicam aspectos da cultura negra, e que é, em muitos casos, também constituinte de uma cultura “da periferia” (SINHORETTO, 2014).”

Diante dessas apreensões informais, os policiais são direcionados a pensar da perspectiva da *fundada suspeita*⁸ que, por sua vez, é conhecida como *tirocínio*, aperfeiçoado e fixado mediante o tempo de rua” daquele policial. O tirocínio, como conhecimento, é anterior ao momento da abordagem, pois o policial precisa tê-lo intrínseco em sua formação de forma antecipada para, assim, encaixar os sujeitos em um quadro objetivo de suspeição e, por fim, realizar uma operação bem sucedida, conforme os procedimentos padrões estipulados⁹.

Justamente pela junção de caracteres objetivos e sujeitos estigmatizados que a filtragem racial pode ser verificada. Com todas as características apreendidas e fixadas durante a formação policial, surge a figura do inimigo que, sobretudo no policiamento ostensivo, é o alvo principal das investidas dessa agência.

Esses clientes preferenciais são majoritariamente negros, periféricos e pobres. E isto não quer dizer que tais sujeitos cometam mais crimes, mas que, pela vigilância excessiva desta instituição sobre esse segmento, sem sequer materialidade para fundamentar a suspeição, há uma filtragem racial através da seleção dos suspeitos que são etiquetados durante a apreensão do “conhecimento de rua” dos policiais.

A seletividade policial é orientada, não juridicamente, mas racialmente. A preferência pelos corpos negros pode ser evidenciada no direcionamento do saber-fazer policial que se baseia em estereótipos racializados que evidenciam a cultura negra. A super-representatividade negra nas estatísticas de apreensão, conforme poderá ser verificado posteriormente, é um indicador de que o racismo institucional vem operando de forma ininterrupta a fim de manter o aviltamento dos corpos indesejados.

Por fim, a abordagem policial reverbera numa série de etapas, guiadas pelo racismo e orientadas pelas finalidades deste, findando no ponto em comum da estrutura racista tanto das instituições quanto do complexo social.

8 Sinhoretto conceitua a fundada suspeita como sendo “o fruto da experiência que o policial adquire nas ruas para identificar um suspeito ao primeiro olhar e os signos de suspeição”.

9 Esses procedimentos padrões são estipulados pela própria instituição policial numa tentativa de operar, padronizar e ocultar o racismo nele arraigado pela filtragem racial.

2. POLÍCIA E A HERANÇA AUTORITÁRIA

Compreende-se que a Polícia Militar é uma Instituição onde a cultura a ser obedecida é constituída por uma lógica arraigada na hierarquia e na disciplina, como valores que são intrínsecos a Corporação. Desta forma, refere-se também, “a instrumentalidade e o controle por ela exercido, como evidências que desenharam uma Instituição” (MONJARDET, 2003, p. 208).

Segundo Reiner (2004), no âmago da cultura policial, surgem as subculturas, provenientes da convivência dentro da Instituição, da própria história de vida do policial e de outras experiências. Para o autor, os hábitos e as culturas de força utilizadas pelos policiais, se diferenciam de lugares e em diferentes momentos da sociedade.

Nesse sentido, constata-se que a polícia militar é uma instituição que age sob forte hierarquização, com treinamentos que buscam a padronização de condutas e habilitação e seus membros. Mas essas peculiaridades estão altamente ligadas a alta discricionariedade dentre os policiais que atuam no nível de rua, geralmente praças que representam os níveis hierárquicos mais baixos (PAIXÃO, 1982).

Monjardet (2003) nos diz que a compreensão quanto à cultura apreendida na prática, no dia a dia indica que a valorização da experiência de rua e da aprendizagem no trabalho assume oposição ao ensinamento teórico.

Este é o ponto em que o autoritarismo das práticas institucionais tem em suas ligações diretas com uma tradição política excludente, racista, repressiva, pois uma sociedade composta por segmentos desiguais em direitos se apoia no caráter repressivo para o controle social.

Nessa perspectiva, é de se considerar que heranças culturais autoritárias da sociedade brasileira permanecem vivas. Da Matta aponta que o mundo social, no país, é orientado por múltiplas esferas, cada qual contendo seu código social e sua própria ética, de modo que a casa, a rua e o outro mundo, como denomina, são eixos de jogo de poder e exploração nas esferas da vida, de onde emanam as raízes da violência no sistema social.

Contudo, essa maneira de interpretar a realidade brasileira perpassa também a forma pela qual se deve analisar a atuação das polícias, pois, além de inseridas nessas complexidades, submetem-se a um modelo ambíguo do sistema processual. Isso leva essa instituição a transacionar com representações hierarquizadas, presentes no pensamento social, produzindo e reproduzindo verdades (expectativas sociais), e com realização de segurança pública a partir de um modelo de processo penal marcado pela cultura legal, abstrata e formal do Direito, onde os fatos submetem-se a um tratamento lógico-formal (KANT DE LIMA, 2004). Ocorre que a dinâmica do policiamento militar no Brasil foi voltada para a repressão, para a força e agressão. Desde o início de suas operações, a força policial foi construída como uma organização hierárquica altamente disciplinada, e privilegiou-se os cargos de gestão policiais

com visão social conservadora, submissos a essa estrutura, capazes de se encaixar nesse sistema (REINER, 2004).

3. POLÍCIA, ABORDAGEM, TIROCINIO, FARO, DISCRICIONARIEDADE POLICIAL

O policiamento ostensivo tem como elemento a possibilidade de uma ação preventiva que outorga a antecipação dos policiais às atividades criminosas, o poder de decidir sobre o momento, a identificação e qual sujeito deve ser abordado, cabe isoladamente ao policial, no entanto, não existe um roteiro pré-estabelecido, nem normas a serem seguidas.

Sabemos que a lei não traz nenhuma ressalva quanto aos cidadãos não serem submetidos à abordagem policial em virtude de cargo função (pública ou não) ou qualquer outra, todos podem ser submetidos à revista pessoal, quando esta é legítima dentro dos parâmetros estabelecidos, diante de uma fundada suspeita.

Todavia, mesmo que o policial tenha a discricionariedade como um elemento peculiar à sua função, essa não deveria ser interpretada como um cheque em branco para definir quando cabe o recurso à violência em suas ações (COSTA, 2004).

Ocorre que mesmo que os policiais externem que não há predominância nas ações por determinado grupo específico para realização das abordagens e que atuam com base na *fundada suspeita* ou *tirocínio*, este que segundo os próprios policiais é adquirido pela experiência e tempo de rua que os fazem identificar os suspeitos com o olhar através dos seus signos.

Em nossa pesquisa, resta evidenciada que o perfil do jovem preterido para abordagem policial e posteriormente apreendido na cidade do Recife, é negro, morador de bairro periférico e foi abordado também em um bairro periférico, seguindo a lógica de que as rondas policiais se dão em sua grande maioria, nestes locais, a fim de operações “bem-sucedidas”.

Na instituição policial, acredita-se que o conhecimento de fato só se aprende diariamente nas ruas, essa experiência diária os transformam em “bons policiais”, servindo de suporte para os mais jovens que adentram na corporação. Muitas vezes a socialização com os mais velhos pode ser mais relevante para a formação de um policial do que o treinamento formal (OLIVEIRA JR, 2007).

Em nossa pesquisa fora percebido durante as entrevistas que os adolescentes não têm noção do que de fato chama a atenção da polícia, em relação a eles, pois acreditam que tudo estava em conformidade, como podemos perceber no relato abaixo:

“Não sei, a gente tava andando normal, nós três, sem nada”. Aquiles, 14 anos.

“Eu ando normal, mas ando com muita coisa boa, roupa de marca boné, cordão de ouro, a cor também, eles abordam mais gente preta, eles (policiais) ficava dizendo nequinho seboso, quando tu cair lá, vai virar mulherzinha, eles tratam a gente como um nojo (Chora), eu vou ter uma filha não posso ficar aqui”. Apolo, 16 anos.

Com estas falas, resta evidenciado, que um dos adolescentes apreendidos acredita que nada nele chama atenção da polícia, que estava apenas com os amigos caminhando, como qualquer adolescente da sua idade.

Já o outro adolescente, fala justamente dos signos de suspeição, embora ele não saiba do que trata o tirocínio policial, ele nos relata como estava vestido, deixando claro que seus trajes são o que a polícia denomina de atitude suspeita.

Ocorre que ao nos depararmos com os dados coletados na Delegacia da Criança e do Adolescente, encontramos dados que demonstram que a polícia tem um público alvo a ser abordado, de acordo com dados coletados do primeiro semestre do ano de 2017, verificamos que é evidente a seleção dos suspeitos durante a abordagem policial. Não somente, há uma padronização e sistematização das abordagens quanto à raça dos abordados, conforme pode ser observado no gráfico abaixo:



Gráfico 1: dados coletados na delegacia especializada da criança e do adolescente Recife/PE, conforme a raça dos indivíduos abordados.

O gráfico em questão demonstra que adolescentes negros são sim o alvo preferencial da abordagem policial, evidenciando a desigualdade racial na segurança pública, o racismo institucional esta arraigado culturalmente na formação policial. Também, pela quantidade de dados prejudicados, observa-se a opacidade racial ocasionada por esta ausência. Isto é, a formação de opacidade dos números que formam grandes campos raciais cegos gerando confusões nos dados de segurança pública disponibilizadas pelo Estado.

Denota-se que a observância por parte da agência policial perante os jovens é empregada com preceitos ligados a raça, conferindo desvantagens às pessoas negras e os colocando como potenciais suspeitos de atos infracionais, flagrando em maior intensidade as suas

condutas ilegais, uma vez que estes são mais vigiados, no entanto, em detrimento disso, jovens brancos tem menor visibilidade para abordagem policial, ou seja, não estão inclusos no rol de critérios objetivos para a suspeição policial, estes muitas vezes passam ilesos, e isto não reforça a falácia de que não praticam atos infracionais ou os praticam em menor quantidade, mas que não são a preferência majoritária da instituição policial.

Os policiais baseiam suas apreensões no denominado faro policial¹⁰ a experiência mais uma vez sai a frente das garantias processuais, pois mesmo todo cidadão podendo ser abordado, conforme as normas legais, há sim um público preterido pelos policiais, para tal conduta de abordagem.

Ainda com base nos dados coletados e somando aos fatores já relacionados, percebe-se que as abordagens policiais se dão na cidade do Recife, precisamente em bairros periféricos, entretanto, mesmo que a realização da atividade da filtragem racial seja precisamente renegada entre os policiais, muito do que eles chamam de faro policial remetem a um determinado grupo específico, no qual estão inseridos os negros, jovens e da periferia, conforme o gráfico abaixo expõe.

Local do Fato

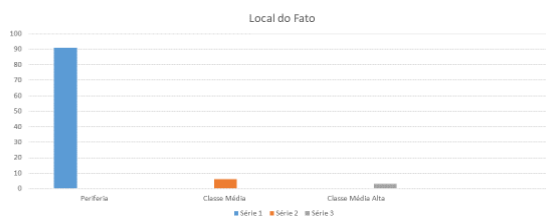


Gráfico 2: dados coletados na delegacia especializada da criança e do adolescente Recife/PE, que evidenciam o local onde ocorreu o fato.

Os dados em tela evidenciam que os bairros periféricos são maior alvo de rondas policiais. A operacionalidade direcionada à busca incessante por abordagens bem-sucedidas são frequentes em bairros periféricos, pois no imaginário policial, são localidades nas quais se concentram o maior número de ilegalidades. Em contrapartida, tais rondas não são realizadas de forma direcionada aos grupos hegemônicos residentes em bairros de classe média e classe média alta, configurando, portanto, a impossibilidade de equilibrar o quadro de suspeições, porque a visibilidade dos jovens negros, inclusive em bairros que não sejam a periferia, é palpável segundo os dados.

¹⁰ O faro policial é caracterizado como a forma, por repetição de vezes, de localizar suspeito baseado nas experiências do saber-fazer policial de rua.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Contudo, ainda que a prática rotineira da filtragem racial seja insistentemente negada entre os policiais, muitos dos elementos que compõem a chamada fundada suspeita remetem ao segmento negro, caracterizado pela faixa etária de 14 a 17 anos, pertencentes a um espaço territorial periférico.

É importante destacar que os adolescentes apresentados na pesquisa, vivem em situação de exclusão social, violência institucional e discriminação, ou seja, convivem diariamente tendo seus direitos violados.

Podemos dizer que, que na cidade do Recife/PE, violações de direitos acontecem diariamente com adolescentes apreendidos, as garantias processuais não ocorrem, desde o momento da apreensão até a internação, ao adolescente é negado as garantias processuais as quais tem direitos.

Conclui-se que a discricionariedade na abordagem policial, fundada na chamada fundada suspeita, refere-se sim ao tirocínio, haja vista, que todas as características que determinam tal elemento, estão contidas nos adolescentes apreendidos.

Nesse sentido, percebe-se que os chamados signos de suspeição orientam as ações policiais, determinando especificamente qual o cliente a ser abordado, gerando violações de direitos.

Portanto, a vigilância para com o público negro é muito maior, o que não significa que negros cometam mais crimes, no entanto, sobre eles estão os olhares da agência policial, evidenciando que pela maneira seletiva como escolhe seu público alvo, reproduz e traz à luz o racismo institucional no qual se baseia.

REFERÊNCIAS

- ADICHIE, CHIMAMANDA NGOZI. O PERIGO DE UMA ÚNICA HISTÓRIA. CONFERÊNCIA ANUAL – TED GLOBAL 2009 – DE 21 A 24 DE JULHO, OXFORD, REINO UNIDO. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.GELEDÉS.ORG.BR/CHIMAMANDA-ADICHIE-O-PERIGO-DE-UMA-UNICA-HISTORIA/](https://www.geledes.org.br/chimamanda-adichie-o-perigo-de-uma-unica-historia/). ACESSO EM: 10 DEZ. 2018.
- ALMEIDA, SILVIO. (2018). O QUE É RACISMO ESTRUTURAL?. COLEÇÃO FEMINISMOS PLURAIS. BELO HORIZONTE: LETRAMENTO, 2018.
- BRASIL. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS. BRASÍLIA: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016. DISPONÍVEL EM: [HTTP://DEPEN.GOV.BR/DEPEN/DEPEN/SISDEPEN/INFOPEN/RELATORIO_2016_22-11.PDF](http://depem.gov.br/depem/depem/sisdepem/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf). ACESSO EM 25 ABR. 2018.
- CABRAL, SUZIE HAYASHIDA [E] SOUZA, SONIA MARGARIDA GOMES. (2004), O HISTÓRICO PROCESSO DE EXCLUSÃO/INCLUSÃO DOS ADOLESCENTES AUTORES DE ATO INFRACIONAL NO BRASIL. PSICOLOGIA EM REVISTA, V. 10, N. 15, PP. 71-90.
- COSTA, A. T. M. ENTRE A LEI E A ORDEM: VIOLÊNCIA E REFORMA NAS POLÍCIAS DO RIO DE JANEIRO E NOVA YORK. SÃO PAULO: EDITORA FGV, 2004.
- GONZALEZ, LÉLIA. RACISMO E SEXISMO NA CULTURA BRASILEIRA. IV ENCONTRO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS. RIO DE JANEIRO, 1980.
- HIRSCH, JOAQUIM. FORMA POLÍTICA, INSTITUIÇÕES POLÍTICAS E ESTADO – I. CRÍTICA MARXISTA, N. 24, 2007. P. 26.
- KANT DE LIMA, R. A POLÍCIA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO: SEUS DILEMAS E PARADOXOS. RIO DE JANEIRO: EDITORA FORENSE, 1995
- MONJARDET, DOMINIQUE. O QUE FAZ A POLÍCIA: SOCIOLOGIA DA FORÇA PÚBLICA. SÃO PAULO: UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2003 (SÉRIE POLÍCIA E SOCIEDADE; NO 10).

OLIVEIRA JUNIOR, ALMIR DE; CULTURA DE POLÍCIA: CULTURA E ATITUDES OCUPACIONAIS ENTRE 219 POLICIAIS MILITARES EM BELO HORIZONTE, TESIS DE DOCTORADO. UNIVERSIDAD FEDERAL DE MINAS GERAIS, 2007, 212 PP

PAIXÃO, A. L. A ORGANIZAÇÃO POLICIAL NUMA ÁREA METROPOLITANA. REVISTA DADOS: REVISTA DE CIÊNCIAS SOCIAIS, V. 25, N. 1, 1982, P. 63-85.

REINER, ROBERT. A POLÍTICA DA POLÍCIA. TRADUÇÃO JACY CÁRDIA GHIROTTI E MARIA CRISTINA PEREIRA DA CUNHA MARQUES. SÃO PAULO: UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2004.

SINHORETTO, J. ET AL. A FILTRAGEM RACIAL NA SELEÇÃO POLICIAL DE SUSPEITOS: SEGURANÇA PÚBLICA E RELAÇÕES RACIAIS. FIGUEIREDO, I. SEGURANÇA PÚBLICA E DIREITOS HUMANOS: TEMAS TRANSVERSAIS. BRASIL: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA /SENASP, 2014, P. 121-159. (COL. PENSANDO A SEGURANÇA PÚBLICA, V.5).

SOUZA, ARIVALDO SANTOS DE. RACISMO INSTITUCIONAL: PARA COMPREENDER O CONCEITO. REVISTA DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PESQUISADORES/AS NEGROS/AS (ABPN), [S.L.], V. 1, N. 3, P. 77-88, FEV. 2011. ISSN 2177-2770. DISPONÍVEL EM: [HTTP://ABPNREVISTA.ORG.BR/REVISTA/INDEX.PHP/REVISTAABPN1/ARTICLE/VIEW/275](http://abpnrevista.org.br/revista/index.php/revistaabpn1/article/view/275). ACESSO EM: 15 AGO. 2018.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: UM PANORAMA DA POLÍTICA CRIMINAL ENTRE A VISÃO DE FRANZ VON LISZT E DE CLAUS ROXIN

Orientadora: Renata Celeste (Direito/ UFPE).¹¹

Antonia de Maria Mendonça Oliveira (Direito/ FADIC).¹²

Dayara de Kássia Sá Sampaio Soares Lustosa (Direito/ FADIC).¹³

RESUMO: A concepção apresentada por Franz von Liszt no final do século XIX, com sua famosa frase, “o Direito Penal é a barreira intransponível da política criminal”. A política criminal podia ir tão longe quanto fosse, desde que limitada pela barreira intransponível do Direito Penal, separando a esfera de competência dogmático-penal do âmbito político-criminal. Na década de 70, Claus Roxin, inaugura um novo sistema de Direito Penal, inaugurando um novo sistema de Direito Penal, de maneira aberta às influências da política criminal, estruturando referido sistema de forma teleológica, com finalidades valorativas, solucionando os conflitos de modo socialmente correto e flexível. Roxin critica a interpretação extensiva dos tipos, que como meio de crescimento da criminalidade com relação a muitos delitos, e propõe uma interpretação restritiva, de acordo com Magna Carta e, passa a exigir ataques mais expressivos a bens jurídicos (princípio da fragmentariedade) do Direito Penal. Mantém, dessa forma, apenas o indispensável à punibilidade, propondo o princípio da insignificância, como forma de excluir o instituto da tipicidade, que através do desvalor social do comportamento, agiria na exclusão imediata de lesões bagatelares pelo chamado princípio da insignificância. Diante do exposto, questiona-se se a proposta de Claus Roxin é capaz de superar a barreira existente entre a dogmática e a política criminal, concebida desde as propostas de Franz von Liszt. Para tanto, tem-se como objetivo norteador, analisar o processo de permeabilidade da política criminal no âmbito dogmático penal. Mais especificamente, a superação da barreira que separa esses dois âmbitos permitindo a análise da problemática que se manifesta nos delitos bagatelares e, possibilitando sua adequação aos preceitos que vigoram no Estado Democrático de Direito. Através do método descritivo e hipotético-

¹¹ Doutora pela UFPE, professora do mestrado Ppgd Damas, coordenadora adjunta da graduação em direito, orientadora do grupo de pesquisa de estudos de direito, biopolítica e subjetividades.

¹² Mestranda do Programa de Pós-Graduação stricto sensu da Faculdade Damas da Instrução Cristã com área de concentração em História do Pensamento Jurídico na linha de Pesquisa de História das Ideias Penais; Especialista em Direito Processual - UNP.

¹³ Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade do Cariri URCA e Mestranda em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã.

dedutivo, utilizando pesquisa em livros, artigos e jurisprudência, investiga-se a identificação de uma política criminal eficaz, necessária a sociedade contemporânea, verificando em alguns casos a utilização do princípio da insignificância. Conclui-se que é irrenunciável, a superação da barreira histórica, concebida desde as propostas de Franz von Liszt e, a viragem metodológica operada por Roxin, na abertura da política criminal, consolidando do princípio da insignificância.

Palavras-chave: Política criminal. Dogmática penal. Princípio da insignificância.

ABSTRACT: The conception presented by Franz Von Liszt, in the end of the XIX century, with his phrase, "Criminal Law is the [insurmountable barrier](#) of criminal policy". Criminal Policy could go as far as it could, limited by the insurmountable barrier of Criminal Law, separating the sphere of dogmatic-penal competence from the political-criminalsphere. In the 70's, Claus Roxin inaugurates a new Criminal Law system, in an open way to the influences of criminal policy, in a teleological way, for valuation purposes. Roxin criticizes the extensive interpretation of the types, that as means of increasing criminality of many felonies, proposes a restrictive interpretation, according to the Magna Carta, and now requires more expressive attacks on legal assets (principle of fragmentation) of Criminal Law, proposing the principle of insignificance, as a way of excluding the institute from the typical, through the social devaluation of behavior, acting on the immediate exclusion of bagatelle lesions by the so-called principle of insignificance. In view of the above, it is questioned whether Claus Roxin's proposal is capable of overcoming the barrier between dogmatics and criminal policy, conceived since the proposals of Franz von Liszt. The guiding goal, to analyze the process of permeability of criminal policy in the criminal dogmatic scope, specifically, the overcoming of the barrier that separates these two scopes, allows the analysis of the problematic that manifests itself in the bagatelle crimes, and makes possible its adaptation to the precepts that exist in the Democratic State of Right. Through the descriptive and hypothetical-deductive method, using researches in books, articles and jurisprudence, it is investigated the identification of an effective criminal policy, necessary to contemporary society, applying the principle of insignificance. It is concluded that it is essential to overcome the historical barrier, conceived from the proposals of Franz von Liszt and the methodological turn made by Roxin, in the opening of criminal policy, consolidating the principle of insignificance.

Keywords: Criminal Policy. Criminal dogma. Principle of insignificance.

INTRODUÇÃO

Esse trabalho busca mostrar o retorno da proposta de Franz von Liszt, da necessidade do desenvolvimento dos estudos da política criminal, num contexto da dogmática penal, convertendo o Direito Penal em uma ciência penal globalizada.

Ademais, pretende-se demonstrar a proposta de Claus Roxin, na superação da barreira entre a dogmática e a política criminal, no qual se insere ao julgador, o entendimento da reconstrução de realizar a política criminal aberta a casos concretos, o qual está envolto o princípio regulador, mantendo a natureza fragmentária do direito penal, em face da exclusão dos crimes bagatelares, surgindo o princípio da insignificância, com aplicação pela jurisprudência brasileira e como instrumento de política criminal.

1. A SEPARAÇÃO HISTÓRICA CONCEBIDA POR LISZT ENTRE DIREITO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL

Com a publicação do programa de Marburgo, por Franz von Liszt, em 1882, numa concepção baseada no positivismo científico, conhecida como positivismo naturalista, caracterizado pela transferência do método das ciências empíricas à ciência do Direito Penal, criou a política criminal como disciplina científica, concebida como um conjunto de critérios determinantes de uma luta “eficaz” contra o delito, compreendendo a dogmática como um sistema lógico, vinculado a lei, e o direito correto, seria uma atribuição política, determinada ao legislador, não competindo a manifestação ao juiz ou dogmático. (FIGUEIREDO, 2001, p. 194 e SÁNCHEZ, 2000, p.15; 70).

Desse modo, a partir das formulações de Franz von Liszt, a política criminal passa a receber crescente importância em sua relação com a dogmática penal (BECHARA, 2014, P.368). Para Liszt, o Direito existe para proteger os interesses, que serão os bens jurídicos (BRANDÃO, 2008, p.78). A tese sustentada por Liszt, da pena como meio para proteção jurídica de bens, situação que permitirá projetar a construção de um sistema com instrumentos voltados à garantia, tendo a efetividade teleológica ocorre a partir da correção, da intimidação e da neutralização dos delinquentes.

O emprego consciente da pena, como arma de ordem jurídica na luta contra a delinquência, é impossível sem o estudo científico do crime em seu aspecto objetivo e em suas causas interiores, não chegando a substituir o objeto tradicional da dogmática jurídico-penal, adicionou-lhe a Criminologia e a Política criminal como ciências de conteúdo autônomo, entendendo o Direito Penal como uma ferramenta de proteção dos interesses jurídicos da comunidade, procurando manter as conquistas do liberalismo, de modo a ser o Código Penal a “Carta Magna do Delinquente”, com o fim protetivo do cidadão, frente ao poder do Estado, valorizando-se o princípio da legalidade. (BRUNO, 1956, p.125).

Ademais, descreve Roxin, que enquanto estivermos empenhados em proteger a liberdade do indivíduo em face do arbítrio ilimitado do poder estatal, enquanto nos ativermos ao princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, a rígida arte de uma interpretação de leis que opere com princípios científicos, manterá a sua importância política (ROXIN, 2002, p. 37).

Liszt aduziu em suas propostas, dois momentos de delineamentos do Direito penal: o primeiro, referente a afirmação do princípio *nullum crimen sine lege*, concebido como um momento de comprovação do cometimento do delito, com a aplicação de todos os princípios jurídicos, momento no qual a política criminal nada teria a fazer; o segundo momento relacionado com a realização do princípio *nulla poena sine lege*, voltado à determinação da penalidade a ser aplicada, sua espécie e quantidade, concebia-se como o momento no qual o julgador se utilizaria de considerações político-criminais. Como um sistema completo de disposições legais, que se referem aos crimes e, às penas como generalizações, concebendo-se uma ideia sistemática do Direito Penal, capaz de abarcar todas as particularidades relacionadas ao crime e destinadas a servir de barreira ao arbítrio na aplicação do Direito (LISZT, 2002, p.37).

Ao verificar a famosa frase de Liszt: “O direito penal é a barreira intransponível do Direito Penal” é possível perceber a concepção de duas instâncias, onde termina o âmbito de atuação do Direito penal inicia o da política criminal. A política criminal podia ir tão longe quanto fosse, desde que limitada pela barreira intransponível do Direito Penal. Franz von Liszt concebia o Direito Penal como ciência social (política criminal) e como ciência jurídica (dogmática) (ROXIN, 2000.p.2). Essa referência de Liszt se fundamenta na crença de que já teria o legislador tomado todas as decisões político-criminais (SCHÜNEMANN, 1991, p.696). Demonstrando através de um resultado realizado pela estatística, um grande aumento da criminalidade, teria a luta pela criminalidade, falhado nessa problematização, haveria necessidade da proteção dos bens jurídicos, assim, uma pena correta seria uma pena adequada ao fim do Direito Penal, e o resultado dependeria do tipo do autor.

Na parte final de sua obra, Liszt retoma o ponto de partida de qualquer programa de política criminal, que é perguntar sobre a função e justificação do poder de punir do Estado e a partir de então opera a aproximação da política criminal à dogmática penal, pois a esta última cabia determinar o objeto de estudo da política criminal.

2. AVIRAGEM METODOLÓGICA OPERADA E A NOVA RELAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL

Na década de 70, em Berlim, Claus Roxin apresenta um artigo, inaugurando um novo sistema de Direito Penal, com o título “Política criminal e sistema do Direito Penal”, promovendo a construção do sistema do Direito Penal de maneira aberta às influências da política criminal e valorando os elementos do crime.

A política criminal ganhou legitimidade para intervir na solução de problemas dentro da teoria do delito (BATISTA, 2004, p.19). Descreve Ana Elisa Bechara, que no ano 1980, ocorreu uma transformação na política criminal, dando-se uma reabilitação científica do Direito Penal liberal e das garantias que este modelo implica (BECHARA, 2014, p.368).

Roxin propõe a utilização de um sistema aberto, concretizado a partir do pensamento problemático, ou seja, tendo por base, casos concretos, tornando possível uma avaliação na busca de finalidades a soluções adequadas, a favor ou contra, a partir da análise, a um consenso (ROXIN, 1997, p.215). Assim, trouxe uma aproximação da política criminal com a dogmática penal, na resolução dos problemas, em casos concretos e fez críticas ao trabalho realizado por Liszt (D'AVILA, 2018, p. 487).

Roxin traz uma nova visão da dogmática, não na visão puramente sistemática, trazendo a política criminal para dentro do direito Penal:

De que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada? Não será preferível uma decisão adequada do caso concreto, ainda que não integrável no sistema? Quase se poderia responder afirmativamente a esta pergunta, e permitir que se quebrasse a rigidez da regra, por motivos de política criminais (ROXIN, 2000, p. 7-8).

Esse questionamento se fundamenta no fato de o sistema classificatório positivista ter estabelecido uma dogmática penal fechada, desprovida de valorações político-criminais e, por isso, afastada da realidade social. O imprescindível será a resolução do caso concreto, a natureza fragmentária do direito penal, desde que limitada, na necessidade de proteção do bem jurídico.

As decisões político-criminais haveriam de ser inseridas no sistema do Direito Penal, no sentido de que a submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não poderiam contradizer-se, em virtude do Direito Penal ser muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo de vigência jurídica, a defesa de uma metodologia geral de inclinação do sistema, às suas inferências.

Roxin defende a ideia da presença dos problemas político-criminais na teoria geral do delito, integrando-os, como conteúdo seu. Adverte que a extinção de uma sistematização da teoria do delito, conduziria o Direito Penal a um estado de acaso e de arbítrio, o que também não se deseja (ROXIN, 2012, p.9; 11-12). Afirma, que a crítica não se dirige ao pensamento sistemático em si, mas a equivocadas premissas sobre as quais se fundam o sistema. A tarefa da lei não se esgota mais na função garantista, pois o sistema penal deve ser estruturado de forma teleológica, buscando finalidades valorativas. Procura-se solucionar as situações de conflito de modo mais socialmente correto e flexível, pois o direito penal é muito mais a forma através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo de vigência jurídica (ROXIN, 2012, p. 82).

Um rompimento entre a construção dogmática e a política-criminal, seria a princípio impossível, da mesma forma, celebrar uma desavença de jogar o trabalho dogmático-penal e o criminológico um contra o outro, perde seu sentido: pois transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, e estas em regras jurídicas, da *lex lata* ou *ferenda*, é um processo preciso e de valor na busca do socialmente correto (ROXIN, 2012, p. 82). Na esfera da punibilidade daquele que em sua atividade proibida erra de qualquer forma ou desiste de uma tentativa, entramos na esfera político-criminal (ROXIN, 2012, p. 14-15;47). Nesse particular, leciona Roxin que fizeram uma interpretação extensiva dos tipos, o que levou um crescimento da criminalidade em muitos delitos, somente uma interpretação restritiva, que esteja de acordo com o estabelecido na Magna Carta e, nos ataques mais expressivos que sofrem os bens jurídicos (princípio da fragmentariedade) do Direito Penal, mantivesse apenas o indispensável à punibilidade, seria necessário princípios regulativos, como o da adequação social, introduzido por Welzel, que não é elementar do tipo, mas um auxiliar interpretativo, caberia o princípio da insignificância, na conduta, como forma de excluir a tipicidade, deixado aos meios interpretativos auxiliares mais precisos, em face de um caso concreto, e possamos decidir pelo suposto desvalor social, ou não, da conduta, permitindo excluir logo, lesões bagatelares, pelo chamando princípio da insignificância. (ROXIN, 2012, 46-47).

No Estado de Direito, os elementos limitadores de nosso ordenamento jurídico penal, como o princípio *nullum crimen* e, da culpabilidade são parte da política criminal.

Roxin (2000, p.58) expõe que a pena deve ser necessária, desde o ponto de vista preventivo. Para este autor, a teoria da pena é resumidamente frutuosa, também na dogmática e o sistema de Direito Penal, contribuindo na solução da política criminal satisfatória de muitos problemas objetivos e conduz a nova concepção da categoria delitiva tradicionalmente designada como a culpabilidade.

Leciona Roxin: o progresso da dogmática reside no seu desenvolvimento. Colocar o que o legislador tenha desejado, tem necessariamente que deixar muitos âmbitos sobre toda a parte geral, numa interpretação concretizadora da doutrina e da jurisprudência. A dogmática conta com muitas possibilidades de desenvolvimento que não tem, por exemplo, um modelo ontológico baseado nas supostas estruturas legais eternas, nem um modelo teórico sistemático que descreva o *status quo* (ROXIN, 2012, p. 59).

Para Nilo Batista, na sua obra clássica, que o atual desafio do penalista brasileiro é a construção de uma dogmática aberta às finalidades político-criminais (BATISTA, p. 122). A proposta sobre a política criminal, no comportamento delitivo, é concebida como um todo significativo, admitindo-se a existência de diversos aspectos de valoração em diversos momentos (ROXIN,2000, p.250).

Explana Bottini:

Compreender a evolução do princípio da insignificância na jurisprudência brasileira passam pelo reconhecimento das construções dogmáticas que possibilitaram seu surgimento, exigem a busca pelas razões teleológicas que contextualizam sua súbita aceitação jurisprudencial no Brasil (BOTTINI, 2012, p.238).

Ademais, preleciona ainda este autor, que nem sempre a ação adequada ao tipo penal será materialmente típica - será necessário integrá-la como elementos valorativos que revelem seu prejuízo social, numa proteção de bens jurídicos e, não de meros comportamentos imorais, o que permite o desenvolvimento do princípio da insignificância, pois o encarceramento em massa é inviável sob a perspectiva de seu custo econômico e baixo benefício social. E acrescenta que, o princípio da insignificância pode ser um instrumento de relevante contribuição para uma política de minimização da crise carcerária. Ainda que sua adoção pelo Judiciário não tenha decorrido de uma formulação organizada de política criminal, a aceitação progressiva do princípio pelos magistrados revela uma descrença na privação da liberdade para estes delitos e, a preocupação com o excesso de contingente nesse setor (BOTTINI, 2012, p. 238-248).

A visão da política criminal, como parte da teoria da legislação, conduz principalmente a cooperação, com divisão de tarefas entre legislação e aplicação do Direito, na realização de conceitos político criminais (ZIPF, 1979 p. 20).

O Supremo Tribunal Federal expõe os quatro vetores necessários de aplicação do princípio da insignificância: ausência de periculosidade social da ação; mínima ofensividade da conduta do agente; inexpressividade da conduta; falta de reprovabilidade da conduta.

É oportuno mostrar nas lições de Toledo, que o princípio da insignificância no sistema penal brasileiro, exemplifica, o dano do art. 163 do Código Penal, não deve ser qualquer lesão à coisa alheia, o peculato do art. 312, não pode estar dirigido para ninharias, mas que traga prejuízo, permitindo excluir fatos que não afetem significativamente a dignidade, a reputação, não cause prejuízo significativo (TOLEDO, 2015, p.133).

A 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, afastou a incidência da Súmula 599 da corte e aplicou o princípio da insignificância a um crime contra a administração pública com base nas peculiaridades do caso: o réu era primário, com mais de 80 anos, e o dano causado teria um custo de cerca de R\$ 20,00 (vinte reais).

O caso envolve um motorista, que foi denunciado após ter passado o carro por cima de um cone de trânsito, ao furar bloqueio da Polícia Rodoviária Federal. O autor foi condenado por dano qualificado pela 2ª Vara Criminal de Gravataí (RS) e teve o pedido de Habeas corpus negado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por que o juízo entendeu que as ações

do acusado apresentam alto grau de reprovação. Segundo o TJ-RS o valor do bem não deve ser o único parâmetro de lesividade de conduta.

Para a defesa, que ajuizou recurso (RHC 85.272/RS, CORDEIRO, 2018), Superior Tribunal de Justiça, deu provimento ao recurso para afastar a limitação imposta pela súmula 599 e, reconhecer a insignificância ao caso, porque a aplicação do Direito Penal só se justificaria para atos realmente lesivos ao bem público protegido. Ao analisar o caso, na corte Superior, o relator, Ministro Nefi Cordeiro, afirmou que o pedido merece provimento, porque o réu era primário, tinha 83 anos à época dos fatos e, o cone avaliado custava menos de R\$20,00(vinte reais).

CONSIDERAÇÕES FINAIS: A SUPERAÇÃO DA BARREIRA INFRANQUEÁVEL DA POLÍTICA CRIMINAL

A presente pesquisa procurou demonstrar, a superação das propostas Franz von Liszt, através da mudança de paradigma operada por Claus Roxin, na ideia de que o Direito Penal não se exauri na função garantista, com base no princípio da legalidade, superando a barreira intransponível da política criminal, com enfoque no surgimento do Princípio da insignificância. Em torno da proposta de Franz von Liszt, partindo-se do entendimento do Direito Penal voltado a resguardar os interesses jurídicos da sociedade, mantendo as conquistas do liberalismo, e ser o Código Penal a Carta Magna do delinquente, com a finalidade de resguardar o cidadão em face do poder do Estado, encontrando limites para os abusos do Estado na sociedade, sem desprezar a ideia de prevenção, pois a política criminal exigia que a pena fosse adequada a sua finalidade, o tipo e quantidade da pena fossem de acordo com a natureza do delinquente, objetivando impedir que ele pratique novos crimes no futuro.

Por outro lado, é importante ressaltar que a proposta de Roxin, na década de 1970, insere a política criminal dentro da dogmática penal, trazendo uma abertura a finalidades valorativas nos elementos do crime, ressaltando que a política criminal se concretiza, através do legislador e pelo juiz, na aplicação dos casos concretos insignificantes, permitindo a exclusão da tipicidade penal, com destaque no surgimento do princípio da insignificância, como instrumento da política criminal, deixando a critério de cada caso concreto, de acordo com sua especificidade, diante do desvalor e do resultado, por não importar em lesão significativa a bem jurídicos importantes.

Traçar este percurso, explica Roxin, deve ser determinado o conteúdo do conceito de tipo, muitas vezes impensado, no sentido de cada elementar deva ser interpretada teleologicamente, levando-se em consideração o bem jurídico protegido. Uma interpretação extensiva dos tipos, por conseguinte, trazendo um aumento da criminalidade em muitos

delitos, demonstrando a necessidade de princípios regulativos, como da insignificância, o qual, excluir de imediato, lesões de bagatela da maioria dos tipos.

No Brasil, o acolhimento do princípio da insignificância foi uma decorrência do aumento da criminalidade em massa, uma resposta fruto da incorporação de fundamentos político criminais a dogmática jurídico penal, por meio do substrato da tipicidade, ressaltando o uso deste princípio por nossos Tribunais, como instrumento apto a afastar a atenção do direito penal, as lesões ínfimas, aos bens jurídicos que não possuem relevância para tal, a fim de reafirmar a vigência de princípios como os da fragmentariedade e subsidiariedade.

Na atualidade, o princípio da insignificância é uma temática detentora de grande relevância, pois muitos trabalhos discutem os vetores exigidos pelo Supremo Tribunal Federal para aplicação do referido princípio, discutem, ainda a possibilidade de sua aplicação em outros âmbitos, além dos delitos patrimoniais tais como os crimes contra a administração pública, de modo que recentemente operou-se o afastamento do entendimento sumular n. 599, pelo Superior Tribunal de Justiça que tinha a seguinte redação: o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública. Mudanças como estas, demonstram a abrangência do conteúdo de referido princípio que não pode estar limitado ao que originalmente foi aplicado.

Tem-se, pois, que Roxin introduziu elementos valorativos no Direito Penal, numa união da política criminal com a dogmática penal, com a adoção de um sistema aberto e teleológico a valorações da política criminal e que ainda hoje repercute no canário jurisprudencial e doutrinário, demonstrando a atualidade e relevância de sua matéria.

REFERÊNCIAS

BATISTA, NILO. INTRODUÇÃO CRÍTICA AO DIREITO PENAL BRASILEIRO. 12 ED. RIO DE JANEIRO: REVAN, 2013.

BRANDÃO, CLÁUDIO. INTRODUÇÃO AO DIREITO PENAL: ANÁLISE DO SISTEMA PENAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2007.

_____. TEORIA JURÍDICA DO CRIME. 4. ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2015.

BRUNO, ANÍBAL. DIREITO PENAL: PARTE GERAL. TOMO 3. 4. ED. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 1978.

BECHARA, ANA ELISA LIBERATORE SILVA. BEM JURÍDICO PENAL. SÃO PAULO: QUARTIERLATIN, RIO DE JANEIRO, 2014.

BOTTINI, PIERPAOLO CRUZ. A CONFUSA EXEGESE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IN: RASCOVSKI, LUIZ (COORD.). TEMAS RELEVANTES DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. SÃO PAULO: SARAIVA, 2012.

CORDEIRO, NEFI. DISPONÍVEL EM:
[HTTP://WWW.STJ.JUS.BR/SITES/STJ/DEFAULT/PT_BR/COMUNICAÇÃO/NOTÍCIAS/SEXTA-TURMA-APLICA-PRINCÍPIO-DA-INSIGNIFICÂNCIA-A-CRIME-CONTRA-ADMINISTRAÇÃO-PÚBLICA](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_br/comunicação/notícias/sexta-turma-aplica-princípio-da-insignificância-a-crime-contra-administração-pública).
ACESSO EM: 15 DEZ. 2018.

D'ÁVILA, FÁBIO ROBERTO. OS LIMITES NORMATIVOS DA POLÍTICA CRIMINAL NO ÂMBITO DA CIÊNCIA CONJUNTA DO DIREITO PENAL: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS AO PENSAMENTO FUNCIONAL DE CLAUS ROXIN. P. 485-495. DISPONÍVEL EM:
[HTTP://WWW.INSTITUTOEDUARDOCORREIA.COM.BR/DOWNLOADS/07022012153413.PDF](http://www.institutoeduardocorreia.com.br/downloads/07022012153413.pdf).
ACESSO EM: 12 NOV. 2018.

FIGUEIREDO, JORGE DIAS. TEMAS BÁSICOS DA DOUTRINA PENAL. COIMBRA: COIMBRA EDITORA, 2001.

FRISCH, WOLFGANG. FRANZ VON LISZT: OBRA E INFLUÊNCIA. REVISTA PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO, 1698-739X, N. 2, ABR. 2017, BARCELONA. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://DIALNET.UNIRIOJA.ES/SERVIET/ARTICULO?CODIGO=5976699](https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5976699). ACESSO EM: 07 NOV. 2018.

GUADANHIN, GUSTAVO DE CARVALHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: UMA ANÁLISE DOGMÁTICA E SUA APLICAÇÃO NOS DELITOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CURITIBA: EDITORA JURUÁ, 2018.

LISZT, FRANZ VON. A IDEIA DE FIM DE DIREITO PENAL. TRADUÇÃO DE HILTOMAR MARTINS DE OLIVEIRA, SÃO PAULO: RIDEL, 2005.

_____. TRATADO DE DERECHO PENAL. TRADUÇÃO DE LUIS JIMENEZ DE ASUA. T.1. 4. ED. MADRID: REUS, 1999.

ROXIN, CLAUS. POLÍTICA CRIMINAL E SISTEMA JURÍDICO-PENAL. TRAD. LUÍS GRECO. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2000.

_____. PROBLEMAS FUNDAMENTALES DE POLÍTICA CRIMINAL Y DERECHO PENAL. UNIVERSIDADE NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, 1 ED. MÉXICO, 2002.

_____. SENTIDO E LIMITES DE LA PENA ESTATAL. IN: ROXIN, CLAUS. PROBLEMAS BÁSICOS DEL DERECHO PENAL. TRADUÇÃO DE DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA. MADRID: REUS, 1976.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARIA. POLÍTICA CRIMINAL EM LA DOGMÁTICA: ALGUNAS CUESTIONES SOBRE SUCONTENIDO Y LIMITES, EM DEL MISTO (ED.), POLÍTICA CRIMINAL Y NUEVO DERECHO PENAL. LIBRO HOMENAJE A ROXIN, BARCELONA, JM. BOSCH, 1997.

_____. POLÍTICA CRIMINAL Y PERSONA. BUENOS AIRES: AD-HOC, 2000.

SILVA, IVAN LUIZ DA. PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL. 2 ED. CURITIBA: JURUÁ, ED. 2011.

SCHÜNEMANN, BERND. LA POLÍTICA CRIMINAL Y EL SISTEMA DE DERECHO PENAL. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIÊNCIAS PENALES, ESPANHA, T.44, MÊS 3, P.696, 1991. DISPONÍVEL EM: [HTT://DIALNET.UNIRIOJA.ES/DESCARGA/ARTICULO/46401.PDF](http://dialnet.unirioja.es/download/articulo/46401.pdf). ACESSO EM: 13 JAN. 2017.

ZIPF, HEINZ, INTRODUCCIÓN A LA POLÍTICA CRIMINAL. TRAD. MIGUEL IZQUIERDO MACÍAS-PICAVEA. JAÉN: EDERSA, 1979.

PROBLEMAS DO CÁRCERE: BREVE ANÁLISE DA REINserÇÃO SOCIAL A PARTIR DE ERVING GOFFMAN

*Maria Rejane Tavares Da Silva*¹⁴

*Alexandre Graciano Da Silva*¹⁵

*Renata Celeste*¹⁶

Resumo: O presente artigo tem como ideia inicial a investigação dos entraves acarretados pelo estigma dos apenados e ex-apanados, rotulados como desviantes. À vista disso, o estigma evidencia uma valoração social negativa, por macular a imagem do indivíduo com irrefutável desaprovação, onde leva frequentemente a sua marginalização e conseqüentemente sua segregação, causando-lhe grande prejuízo à sua reintegração social, prejuízo este, produzido pelo seu "status", onde se atenta que a estigmatização atua como um meio de controle social formal. Isto posto, o presente estudo, parte de uma análise teórica dedutiva explorativa do estigma, baseada na obra de Erving Goffman: Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada, tendo como paradigmas o labeling approach e o etiquetamento social na figura do apenado e ex-apanado, constatado desde a sua introdução no sistema carcerário e ainda mais acentuado, fora dele, pós-cárcere, como abismo que inviabiliza a sua reinserção social verificada pela sua exclusão da coletividade devido ao seu estigma. Serão utilizadas para tal, pesquisas bibliográficas em livros e artigos jurídicos sobre a temática.

PALAVRAS-CHAVE: Estigma. Labeling approach. Rotulação.

Abstract: the present article has initial idea an investigation hindrances that result by the stigma of convicted and ex-convicted, labeled as deviant. Since, the stigma's has a social negative the segregation, causing great damage to reintegration social, this prejudice,

¹⁴ Graduada em licenciatura em Pedagogia pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Caruaru (1988) e pós graduada Lato Sensu em Direito Público pelo Instituto Nacional de Ensino Superior e Pesquisa – Faculdade INESP (2016); Mestranda na linha de pesquisa de História das Ideias Penais da Faculdade Damas da Instrução Cristã

¹⁵ Graduado em Administração pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (1997), bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2006), pós-graduação lato sensu em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMape (2010) e pós-graduação lato sensu em Direito Civil e Direito Processual Civil (Empresarial) pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMape (2012); Mestrando na linha de pesquisa de História das Ideias Penais da Faculdade Damas da Instrução Cristã

¹⁶ Orientadora, Doutora pela UFPE, professora do mestrado Ppgd Damas, coordenadora adjunta da graduação em direito, orientadora do grupo de pesquisa de estudos de direito biopolítica e subjetividades.

produced by "status", where attentive that the stigma would act as a means of social control. From this, the present study, part analysis theoretical of deductible stigma exploratory, based on the Erving Goffman's work: Stigma: notes about handling of damaged of identity, having as paradigms the labeling approach and social labelling figure of convicted and ex-convicted, has seen from introduction in the prison system and still more pronounced, out of it, after imprisonment, as abyss that makes social rehabilitation by the collectivity exclusion due the stigma. It will be used value, by the macular an individual image irrefutable disapproval, that often takes marginalization and consequently biography researching books and issue about legal articles.

Keywords: Stigma. Labeling approach. Lettering.

INTRODUÇÃO

A análise dessa abordagem relacionada a partir da obra de Erving Goffman onde ele apresenta situações de indivíduos estigmatizados que estão desaprovados para uma plena aceitação social, traduz com clareza, os entraves causados pelo estigma dos apenados e ex-apenados, visto desde o cárcere perante a sociedade. Os efeitos da estigmatização são profundamente maléficos, bem como, modificadores do caráter do indivíduo, por ter na sua imagem pública maculada, ao ser projetada na qualidade de delinquente, relacionando-o a uma carga depreciativa que permanece por toda sua vida, marcada e criminalizada. Estigma que se perpetua na sua vida social e em razão da qual, lhe é negada a possibilidade de voltar a fazer parte da coletividade, inviabilizando a sua reintegração na sociedade.

O estigma tem como efeito, os dramas vividos do "pós-cárcere", relacionado ao etiquetamento social do apenado, por causar a sua inferiorização. Desta forma, constata-se, muitas vezes, as deformações identificadas no seu caráter e, por modificar os indivíduos em pessoas violentas, conturbadas, amargas e vingativas, em sua decorrência, bem como reduz substancialmente as chances de vida da pessoa rotulada, por relaciona-la a periculosidade.

O paradigma do *labeling approach*, é uma teoria que nasceu dentro dessa concepção de estigmatização, ou seja, dentro desse conceito de etiquetamento social, onde é analisado o próprio sistema, formado por suas agências de controle formal (polícia, justiça, administração penitenciária, etc) e atribuído a ele, por ser um sistema seletivo e discriminatório, que rotula e estigmatiza o indivíduo tido como desviante, gerando assim sua marginalização. Nessa análise, surgiu os questionamentos estudados das rotulações impostas pelo controle social, relacionado às classes dominantes para com as classes dominadas, onde uns são estigmatizados e outros não, contido nesse sistema. Com essa concepção de embate de classes, essa teoria questiona a rotulação de criminalidade (conduta criminal) e criminalização (sistema penal e sociedade) visto que só os indivíduos de classe inferior são punidos e

rotulados, enquanto que os indivíduos de classe superior, cometem alguns delitos como: fraudes, suborno, extorsão, poluição do meio ambiente, monopólio de preços, etc., que por muitas vezes nem chegam a serem punidos, e muito menos rotulados e é nesse âmbito que essa teoria questiona e aponta o sistema penal como seletivo e por estratificar o indivíduo para que assim, seja manipulado.

1. O ESTIGMA COMO FATOR MODIFICADOR NA IDENTIDADE SOCIAL

Goffman (2004, p.5), na sua obra Estigma, destaca como estamos propensos enquanto sociedade, inicialmente, a estigmatizar aqueles que estejam fora dos “padrões aceitáveis” do convívio social, de como criamos um estereótipo e como vemos essas pessoas, produzimos uma imagem delas, inicialmente, pelos seus aspectos e por consequência, sua “identidade social”.

O estigma é uma característica modificadora de descrédito do ser humano, e nós, “normais” ao estigmatizarmos um indivíduo, desconsideramo-nos como criatura comum, passando a reduzi-lo a uma pessoa deteriorada e diminuída (GOFFMAN, 2004, p.6). E nesse âmbito de estigmatização, encontra-se a pessoa do apenado e ex-apanado, pelos quais se tem conhecimento de que a rejeição é demasiadamente devastadora do convívio social, em consequência do seu estigma.

O apenado é uma pessoa desacreditada (quando sua característica já é conhecida) e ao mesmo tempo desacreditável (quando sua característica não é imediatamente conhecida), visto pelo meio social. A imagem negativa e desvalorada que a sociedade lhe impõe, com a sua descrédibilidade e desconfiança concatenado ao seu estigma, reduz substancialmente a sua probabilidade de vida. Visto que, por acreditarem que esse indivíduo seja uma pessoa perigosa, má e fraca, não lhes são ofertadas oportunidades de convívio e interação social. Desses pré-julgamentos, resultam por reduzi-la a indivíduo inferior com peculiaridades profundamente, depreciativas. Numa rejeição e intolerância tamanha, que o próprio indivíduo estigmatizado passará a ser sugestionado a vestir de fato o rótulo ao qual lhe foi imputado.

Diante disso, a estigmatização torna-se um resultado do tratamento dado ao indivíduo sobre a “sustentação” dessa identidade que lhe foi imposta. “[...] A aceitação da identidade ou do processo de identificação significa expor-se ao papel que convém a tal identidade e, sobretudo, à interiorização da identidade conferida.” (BRISOLLA, 1974, p. 19)

Desse modo, ele direciona sua vida para onde o que lhe é “valorado”, ou seja, manter-se inserido na prática criminosa e no meio que vive dentre seus “iguais”, onde teria grande notoriedade por estar na mesma categoria e dessa forma, respeitado como resultado de uma pretensão relacionada ao reconhecimento social. (BACILA, 2008, p.66).

Além de todos esses entraves, o ex-apanado se depara com a questão do preconceito quanto as pessoas que ele convive, ou seja, com seus familiares, amigos, no sentido de que, serão igualmente estigmatizados por estarem diretamente relacionados e levando a considerar o ex-detento e a pessoa mais próxima, como uma só pessoa, como descreve GOFFMAN: "Um segundo tipo de pessoa "informada" é o indivíduo que se relaciona com um indivíduo estigmatizado através da estrutura social - uma relação que leva a sociedade mais ampla a considerar ambos como uma só pessoa"(2004, p. 28)

Com efeito, o indivíduo que convive com uma pessoa estigmatizada, compartilha do seu estigma e sofre indiretamente, as mesmas consequências do estigma interposto, visto que, terá, de qualquer forma, reflexo na sua vida, sendo essa pessoa rejeitada e muitas vezes excluída.

Na própria instituição carcerária, ao qual o indivíduo é introduzido para cumprimento de pena, ele se deparará com as pessoas ali rotuladas e começará seu processo de estigmatização, ou seja, ele terá um contato particularmente *amplo e prolongado* com seus companheiros de cárcere, onde esses passarão a transmitir-lhe sobre seu estigma, e desta forma aprenderá com esses indivíduos e, esses irão transformar-se em seus companheiros de infortúnio (GOFFMAN,2004, p.34). Ainda nesse contexto, verifica-se o sentimento conflitante em que o criminoso passa a ter, tendo consciência que doravante passará a fazer parte desse grupo nitidamente estigmatizado e que será um "deles", tendo que aceitar esses como seus iguais. (GOFFMAN, 2004, p. 34).

2. INFORMAÇÃO SOCIAL, ETIQUETAMENTO E IDENTIDADE PESSOAL

A informação social, relativa as circunstâncias em que uma pessoa, pelo fato de estar acompanhado do indivíduo, que tem ordem de prisão decretada, põe em risco a sua própria identidade social, sua imagem pode ser maculada legalmente, por acharem-na suspeita e quanto ao indivíduo, com ordem de prisão: "Diz-se, então, de uma pessoa que está com ordem de prisão que 'ela está com varíola' e que sua doença criminosa 'pega'." (GOFFMAN, 2004, p. 43). Dessa feita, a observação dessa manobra em que as informações transmitidas sobre si próprio, possuirá a compreensão de confrontar as possibilidades de ser visto na companhia de outros.

O indivíduo estigmatizado, por ser desacreditado pelo meio social em face as suas escolhas, entre sinceridade e decoro, muitos escolherão o último, ou seja, pela compostura e respeitabilidade, em face da opção do encobrimento por seu descrédito frente a sociedade (GOFFMAN, 2004, p. 66), como é o caso do ex-apanado, que tem no seu estigma, um entrave de grandes proporções enxergado pela sociedade. A tendência de muitos ex-apanados é esconder seu passado, omitir a sua passagem carcerária, por saber que se revelado terá profundas dificuldades para sua reintegração social.

A identidade social da pessoa estigmatizada, divide o seu mundo, ele reflete no seu dia-a-dia, conectando as situações adversas, sendo essa pessoa desacreditada, tem no seu cotidiano limitações. Passa a enfrentar quanto ao acolhimento social; onde o seu descrédito segue nas contingências em que o mesmo enfrenta, na manipulação da informação sobre si mesmo (GOFFMAN, 2004, p. 80-81). É nesse cenário que muitos ex-presidiários optam pelo encobrimento e encaminham suas vidas por esconder seu estigma, como por ex.: mudança de nome, tendo em vista, as dificuldades pós cárcere para o mercado de trabalho, tendo sido uma verdadeira "via crucis", por não encontrar oportunidade de emprego devido ao seu rótulo, sendo a rejeição altamente expressiva e a impassibilidade bastante clara no seu convívio social. Em se tratando do mercado de trabalho, é de total desvalor para o ex-apanado e, conseqüentemente, dificultador para sua aceitação devido ao seu estigma. "Há uma exclusão social e o ex-detento não tem outra alternativa a não ser voltar ao crime. Portanto, os que acabaram de sair do cárcere estão sujeitos a outro tipo de condenação: o preconceito e em razão deste, o desemprego" (OLIVEIRA, 2004, p.114).

O estigmatizado pode apresentar uma ambivalência quanto ao seu "status social", relacionado ao seu próprio eu, obtendo modelos de identidade em que irá empregar a si mesmo, bem como estratificar seus "iguais", a depender da sua perceptibilidade, pertinente ao seu estigma (GOFFMAN, 2004, p.92), "As etiquetas sociais criam auto-etiquetas (sic): Isto quer dizer que a pessoa se percebe a si mesma como sente que os demais a vêem (sic). A autopercepção encontra-se, assim, compelida a situar-se no molde da percepção dos outros." (ANIYAR DE CASTRO, 1983, p.104). Diante disso, faz entender que, a compreensão que o indivíduo estigmatizado tem dele mesmo, está diretamente relacionada com a percepção que os outros tem a seu respeito. Preconiza-se que a pessoa estigmatizada se julga como não diferente das demais pessoas, mas que ao mesmo tempo, ele próprio e os demais, o definam como alguém estigmatizado (GOFFMAN, 2004, p.93).

3. O PARADGMA DO LABELLING APPROACH, O CONTROLE SOCIAL

O paradigma do *labeling approach*, também conhecido como teoria do etiquetamento social, tem como escopo de seus estudos, o controle social referente ao sistema penal, por acreditar que o índice de criminalidade encontram-se ligado ao próprio sistema, através das agências de controle social formal, passando a criticar o paradigma etiológico em que se estudava a origem da criminalidade baseada na teoria de causalidade, como menciona Carvalho:

Assim, ao concentrar as pesquisas na etiologia do delito (causas da criminalidade) e no nível de periculosidade individual (prognóstico de reincidência), a criminologia ortodoxa desempenhou um papel altamente funcional ao sistema punitivo, sobretudo porque exclui do horizonte de investigação as violências (re)produzidas nas e pelas suas agências.
(CARVALHO, 2013, p. 286)

A criminologia nasceu a partir da Escola Positivista, por meio das pesquisas antropológicas de Lombroso, tendo como objeto de estudo, as características físicas baseada na orientação clínica e psicológica do sujeito como causa da criminalidade. Onde se chegou a conclusão em que o criminoso trás na sua essência, a reminiscência de sua conduta obtida desde a sua evolução psicofisiológica predisposta para o crime: “O criminoso é geneticamente determinado para o mal, por razões congênitas” (LOMBROSO, 2007, p.7). A tendência para o crime, já estaria presente no seu íntimo como predisposição inata. Por ter sido muito criticada à época dessa teoria Lombrosiana, passou-se a estudar a criminologia chamada “tradicionalista”, onde: “Os criminólogos tradicionais examinaram problemas do tipo ‘quem é criminoso?’, ‘como se torna desviante?’, ‘em quais condições um condenado se torna reincidente?’, ‘com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?’” (BARATTA, 2002, p.88).

Os interacionistas bem como os autores em geral efetivavam questionamentos sobre o comportamento desviante a respeito do indivíduo: “[...] ‘quem é definido como desviante?’, ‘que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?’, ‘em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?’ e enfim, ‘quem define quem?’” (BARATTA, 2002, p. 88). Foi com o resultado dessas indagações que a teoria do *labeling approach* surgiu, em meio a duas linhas paralelas acerca dessa teoria, ou seja, uma do sujeito e sua interação imediata, de etiquetagem, de estigmatização e de sua identificação e a outra relacionada às estruturas sociais, às instituições e à igualdade frente a comunidade, isto associado ao controle social (BRISOLLA, 1974, p. 17-18).

A percepção dessa teoria, tem por base a rotulação que estaria relacionada a subjetividade, compreendida nas regras sociais impostas, numa sociedade pluralista, onde todos vivenciam impulsos desviantes, onde são praticadas ações excessivas relacionadas aos critérios normativos. GOFFMAN faz a seguinte alusão a respeito dos valores discrepantes, relacionados a um agrupamento de regras sociais impostas ao desviante:

Começando com a noção muito geral de um grupo de indivíduos que compartilham alguns valores e aderem a um de normas sociais referentes à conduta e a atributos pessoais, pode-se chamar "destoante" a qualquer membro individual que não adere às normas, e denominar "desvio" a sua peculiaridade. (2004, p. 118)

Neste panorama, sintetiza SANTOS:

[...] a teoria da rotulação constrói uma “concepção do mundo” numa dupla perspectiva: das pessoas definidas (por outras) como desviantes e das pessoas que definem (os outros) como desviantes. [...] O objeto de estudo da teoria da rotulação compreende a

constituição das regras sociais e as práticas de aplicação dessas regras (por quem, contra quem, quais as consequências etc). (2008, p.18).

Para BECKER, a concepção relacionada ao comportamento do desviante, muitas vezes é ambígua. Ele exemplifica os vários grupos contidos pela sociedade e cada um desses grupos são formados pelas suas próprias regras, com isso, determinadas pessoas, poderiam pertencer a vários grupos diferentes ao mesmo tempo e dessa linha de pensamento, faz a seguinte indagação:

[...] Os proponentes dessa definição talvez objetem que, embora possa surgir ambiguidade em relação as regras peculiares de um ou outro grupo na sociedade, há algumas regras que são geralmente aceitas por todos , caso em que a dificuldade surge. (2008, p.21)

A concepção sociológica da definição do desvio para BECKER, está relacionada a uma conduta de algumas regras geralmente aceitas e quem não concorda com essas regras é rotulado como um *outsiders*. Verifica-se que os que infringem tais regras, por cometerem o mesmo desvio, estabelece uma categoria homogênea e assim, ele expõe:

Tal pressuposto parece-me ignorar o fato central acerca do desvio: ele é criado pela sociedade. Não digo isso no sentido em que é comumente compreendido, de que as causas do desvio estão localizadas na situação social do desviante ou em “fatores sociais” que incitam sua ação. Quero dizer, isto sim, que grupos sociais criam desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio, e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como outsiders. Desse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um “infrator”. O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal. (BECKER, 2008, p. 21-22).

A conduta criminal, vista pela teoria do *labeling approach*, não é em si mesma uma conduta negativa e nem quem a comete é visto como criminoso por características da sua personalidade. Mas sim, a sua influência estaria relacionada ao seu status, a sua rotulação, e assim sendo, em consequência, atuaria como meio de controle social, “A estigmatização daqueles que têm maus antecedentes morais pode, nitidamente, funcionar como um meio de controle social formal” (GOFFIMAN, 2004, p. 118). O status que confere a alguns indivíduos na criminalidade se revela conforme duplo processo, primeiro pela definição do ato ilícito

concernente à conduta e natureza do delito, segundo pela “seleção” que rotula e estigmatiza o autor como delinquente entre todos aqueles que realizam tais condutas (ANDRADE, 1996, p. 28).

O *labeling approach*, é uma teoria com modelo de conflito na criminologia que tem por pretensão, indicar o sistema de justiça penal, através das agências de controle (policial, judicial, administração penitenciária, etc.), como responsável pelo crescimento da criminalidade e nesse seguimento Shecaira faz a seguinte indagação: “As condutas desviantes parecem ser alimentadas pelas agências designadas para inibi-las. Muitas instituições destinadas a desencorajar o comportamento desviante operam na realidade, de modo a perpetuá-lo”(2013, p. 255).

Por ser um sistema que estigmatiza e rotula o sujeito por trabalhar com certos preconceitos com algumas camadas sociais, a segregação termina por forma grupos subculturais, “Dentro deles a identificação desviante se solidifica e se cortam em grande parte os vínculos com o grupo exterior, isolando-se seus membros e aumentando a sua resistência à ressocialização”(ANIYAR DE CASTRO,1083,p.108),consequentemente maiores delinquências, intensificando ainda mais a estigmatização frente a sociedade, como aponta Shecaira:

Essas instituições acabam reunindo pessoas que estão à margem da sociedade em grupos segregados, o que dá a eles a oportunidade de ensinar uns aos outros as habilidades e comportamentos da carreira delinquente e, até mesmo, provocar o uso dessas habilidades para reforçar o senso de alienação do resto da sociedade” (2013, p. 255)

Nessa conjuntura, observa-se que: é deixado de fora desse contexto de estigmatização, a classe dominante, que seria os criminosos de colarinho branco, por ser, de interesse do próprio sistema e defende a evitar o cárcere, por acreditar que o sistema prisional funciona como uma “escola” para a criminalidade e não ressocializa, “[...] a teoria do *labeling approach* se coloca criticamente em face do princípio da prevenção ou do fim, e em particular em relação à ideologia oficial do sistema penitenciário atual: a ideologia da ressocialização.” (BARATTA, 2002, p. 114).

No cárcere, encontra-se além da vulnerabilidade do apenado, há também o total desrespeito aos seus direitos individuais, o que torna um entrave e, praticamente impossível a sua ressocialização, além dos filtros de seletividade, como reporta CARVALHO:

No caso do cárcere, por exemplo, a criminologia positivista foi (e segue sendo) totalmente omissa ao desconsiderar não apenas as graves violações aos direitos humanos que são inerentes à lógica penitenciária, mas, igualmente, ao abstrair dos seus juízos os filtros de criminalização (seletividade) que agenciam a prisionalização, que evidenciam a vulnerabilidade dos sujeitos e que ativam os processos de mortificação da subjetividade encarcerada. (2013, p. 286)

Nesse âmbito, entende-se que a criminalidade está relacionada ao controle social, onde o sistema formal, retira o sujeito do seu convívio social omitindo as hostilidades, relacionadas às instituições carcerárias as quais os apenados são submetidos e marginalizados.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, entende-se que a rotulação atribuída ao indivíduo, está demasiadamente relacionada com a concepção de desvalor como um bem negativo em que Goffman trata em sua obra como “status” social, ao qual o indivíduo estigmatizado, pode modificar seu caráter ao ter imputado o seu rótulo.

Ao ser estigmatizado, torna-se comum ao apenado “vestir o rótulo” que a sociedade e o sistema de controle social lhe impõem, no caso, por ser visto como fator modificador do seu caráter. Ao vestir o rótulo que lhe foi imputado, ratifica de fato totalmente prejudicial que este faça parte de toda sua vida.

Observa-se que o ex-apanado, ao sair do cárcere, constata o “fardo” que é ser estigmatizado e enxerga de pronto sua dificuldade em encontrar um trabalho para manter seu sustento e de sua família devido ao seu estigma.

Frases como “o trabalho enobrece o homem”, muito usadas no ditado popular, são bastante coerentes com a situação do ex-condenado em sua ressocialização, por ressaltarem a possibilidade que tem o trabalho de acrescentar ao indivíduo muitos de seus valores e é nesse viés que, o enfoque na reinserção social do ex-apanado encontra-se distorcido em razão de sua rotulação e pela sua estigmatização, fatores, portanto, responsáveis por dificultar ou até mesmo inviabilizar a oportunidade do labor ao ex-apanado.

Com efeito, o mercado de trabalho para o ex-presidiário é de fato um problema demasiado, devido ao preconceito acentuado que a sociedade lhe impõe, gerando de fato, um verdadeiro “calvário” para lançar-se, além de ser altamente competitivo e exigente com a qualificação dos que os pleiteiam, pois, sabe-se que um expressivo percentual de presos, tem baixa escolaridade.

Dessarte, a sociedade sempre teve uma concepção evidente de estigma associado aos apenados e, por conseguinte, não querer conviver com indivíduos portadores dessa mácula.

Os ex-apenados, pois os veem como se eles fossem portadores de uma marca eterna, e por consequência, os rejeitam e os excluem.

O Brasil tem como dados oficiais sobre a população prisional, levantados pelo Departamento Penitenciário Nacional, do Ministério da Justiça, que no mês de junho de 2016, haviam 726.712 pessoas privadas de liberdade, (BRASIL, 2017, p. 7), sendo um dos países que tem maior índices de criminalidade e por conseguinte, maior índice de aprisionamento.

Por esses entraves na vida dos ex-apenados, sabe-se que existe uma quantidade expressiva de reincidência e o indivíduo torna-se um “cliente” do sistema penal, por ter convicção que não tem mais “vida” no meio social, devido ao seu estigma. Sua rotulação lhe acompanhará para o resto da vida e isso modificará seu caráter e de fato “vestir” o rótulo do qual lhe foi imputado.

A reincidência é a grande comprovação de uma relevante desigualdade social e do etiquetamento causado pelo malefício em que o estigma provoca no indivíduo, reproduzindo um verdadeiro abismo na sua reinserção social e o retorno a uma vida digna e honesta não acontece.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, VERA REGINA PEREIRA DE. DO PARADIGMA ETIOLÓGICO AO PARADIGMA DA REAÇÃO SOCIAL: MUDANÇA E PERMANÊNCIA DE PARADIGMAS CRIMINOLÓGICOS NA CIÊNCIA E NO SENSO COMUM. REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, SÃO PAULO, V. 4, N. 14, P. 276-287., ABR./JUN. 1996.

ANIYAR DE CASTRO, LOLITA. CRIMINOLOGIA DA REAÇÃO SOCIAL. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 1983.

BACILA, CARLOS ROBERTO. PRECONCEITOS: DUAS OBRAS INACABADAS SOBRE ESTIGMAS. REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS, PORTO ALEGRE, V. 5, N. 20, P.117-135, OUT./DEZ. 2005.

BARATTA, ALESSANDRO. CRIMINOLOGIA CRÍTICA E CRÍTICA DO DIREITO PENAL. COLEÇÃO PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO, TRAD. JUAREZ CIRINO DOS SANTOS. 3. ED. RIO DE JANEIRO, REVAN, 2002.

BECKER, HOWARD SAUL. OUTSIDERS: ESTUDOS DE SOCIOLOGIA DO DESVIO. TRAD. MARIA LUIZA X. DE BORGES, RIO DE JANEIRO: ZAHAR, 2008.

BRASIL, LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS: INFOPEN ATUALIZAÇÃO – JUNHO DE 2016. BRASÍLIA: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2017.

BRISOLLA, CARLOS EDUARDO DE BARROS. LABELING E ESTIGMATIZAÇÃO: NOVAS TEORIAS EM CRIMINOLOGIA. JULGADOS DO TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL DE SÃO PAULO, SÃO PAULO, N. 30, P.15-21, OUT./DEZ. 1974.

CARVALHO, SALO DE. CRIMINOLOGIA CRÍTICA: DIMENSÕES, SIGNIFICADOS E PERSPECTIVAS ATUAIS. REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, SÃO PAULO, V. 21, N. 104, P. 279-303, SET./OUT. 2013.

GOFFMAN, ERVINNG. ESTIGMA: NOTAS SOBRE A MANIPULAÇÃO DA IDENTIDADE DETERIORADA. TRAD. MATHIAS LAMBERT, 4 ED. RIO DE JANEIRO, EDIT. ZAHAR, 2004.

LOMBROSO, CESARE. O HOMEM DELINQUENTE. 1ª REIMPRESSÃO, TRAD. SEBASTIÃO JOSÉ ROQUE, SÃO PAULO, EDITORA ÍCONE, 2007. (COLEÇÃO FUNDAMENTOS DO DIREITO)

OLIVEIRA, ÁLVARO HERMÓGENES CARNEIRO DE. DAS PENAS, AS PRISÕES, O SISTEMA PENITENCIÁRIO E A RESSOCIALIZAÇÃO DOS PRESOS. REVISTA JURÍDICA DA UNEB, ANO II, Nº 03 E 04, UNEB-UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA, JUN./DEZ. 2004.

SANTOS, JUAREZ CIRINO DOS. A CRIMINOLOGIA RADICAL. CURITIBA: LUMEN JURIS, 3ª ED. 2008.

SHECAIRA, SÉRGIO SALOMÃO. CRIMINOLOGIA. SÃO PAULO. REVISTAS DOS TRIBUNAIS, 5.ED.REV. 2013

TRANSPOSIÇÃO DO RIO SÃO FRANCISCO – CONSIDERAÇÕES SOBRE INDÚSTRIA DA SECA, DESENVOLVIMENTO E TERRITORIALIDADES A PARTIR DOS MEGAEMPREENDIMENTOS

Orientadora: Clarissa Marques (Professora de Direito/UPE ARCOVERDE)¹⁷

Anne Gabriele Alves Guimarães (Graduada em Direito/UPE ARCOVERDE)¹⁸

Maria Luiza Rodrigues Dantas (Graduanda em Direito/UPE ARCOVERDE)¹⁹

Resumo: O presente trabalho busca compreender de que modo o padrão desenvolvimentista e a atuação do Estado neoliberal interferem na vida de grupos de pessoas, principalmente os mais vulneráveis. Neste sentido, o fetiche por superlativos, no Brasil, passa a ganhar uma nova configuração quando o Estado, vendido às lógicas do capital, legitima os chamados megaempreendimentos. Estes grandes projetos são operacionalizados pelas confluências entre agentes públicos e privados, tendo como principal objetivo o lucro. Estado, mercado e empreiteiras ou grandes empresas encontram no modelo neoliberal as bases de que precisam para gerar a acumulação capitalista e movimentar o excedente produtivo. As intervenções econômicas pautadas no padrão desenvolvimentista são consideradas louváveis, pois colocam os países na rota do consumo. Entretanto, é também o desenvolvimento que gera contradições, invisibilizando mal-estares. No contexto do megaprojeto aqui apresentado, a Transposição do Rio São Francisco, utiliza-se a falácia de que o verdadeiro desenvolvimento exige sacrifícios, desde que os sacrificados sejam os mais vulneráveis, os “outros”. Esta é a primeira consideração a ser feita: o padrão desenvolvimentista adotado pelos Estados neoliberais é discriminatório ao passo que mantém relações sociais dominantes. A Transposição, por exemplo, está localizada em um cenário de concentração fundiária, de renda e poder, liderado por elites locais, sendo este fenômeno um legado do processo de colonização. Apesar da injusta estrutura fundiária, o Semiárido nordestino é muito mais conhecido pelo imaginário de desterro ligado à seca. É esta última a responsável pelas precariedades da região, afirmam os desenvolvimentistas, valendo-se da “indústria da seca”. Por isso, as decisões políticas tentam combater a seca, perpetuando o modelo de segregação. Tais decisões são influenciadas pela megalomania e pelo desejo de atender às demandas ferozes do capital, sem se importar com as interferências nas vidas das pessoas. Assim nasceu o megaempreendimento aqui estudado, como solução para garantir segurança

¹⁷Pós-Doutora na The New School of Social Research – NY. Professora da UPE Arcoverde. E-mail: marquesc2504@gmail.com

¹⁸Graduada em Direito pela Universidade de Pernambuco (UPE ARCOVERDE). E-mail: annegabrielebj@hotmail.com

¹⁹Graduanda em Direito pela Universidade de Pernambuco (UPE ARCOVERDE). E-mail: malurod05@gmail.com

hídrica ao sertão. Após 11 anos, o projeto, ainda em andamento, traz muitas promessas não cumpridas e expõe o quadro de vulnerabilidade acentuado pela passagem dos canais. A água não chegou para quem mais precisa, comprovando que o Estado neoliberal desenvolvimentista, idealizador de obras monumentais, só se interessa pelos fluxos de dinheiro. Diante do exposto, a pesquisa apresenta como objetivo geral compreender de que modo o padrão desenvolvimentista e a atuação do Estado neoliberal interferem na vida de grupos de pessoas, principalmente os mais vulneráveis. Como objetivo específico, se propõe a explicar este modelo predatório de desenvolvimento, analisando a Transposição do Rio São Francisco enquanto macroprojeto. Discorre-se sobre indústria da seca e novas territorialidades no sertão, utilizando como referencial teórico Lang (2016), Rolnik (2015) e Domingues (2016). A metodologia utilizada tem abordagem qualitativa, com viés exploratório e descritivo.

Palavras-chave: Transposição do Rio São Francisco. Neoliberalismo. Megaempreendimento. Indústria da seca. Territorialidade.

Abstract: The present work seeks to understand how the developmental pattern and the actions of the neoliberal state interfere in the lives of groups of people, especially the most vulnerable. In this sense, the fetish for superlatives in Brazil begins to gain a new configuration when the state, sold to the logic of capital, legitimizes the so-called mega-enterprises. These large projects are operationalized by the confluences between public and private agents, whose main objective is profit. State, market and contractors or large corporations find in the neoliberal model the bases they need to generate capitalist accumulation and move the productive surplus. Economic interventions based on the developmental pattern are considered praiseworthy, as they place countries on the consumption route. However, it is also the development that generates contradictions, making invisible malaise. In the context of the megaproject presented here, the Transposition of the São Francisco River, we use the fallacy that true development requires sacrifices, provided that the sacrificed are the most vulnerable, the "others". This is the first consideration to be made: the developmental pattern adopted by neoliberal states is discriminatory while maintaining dominant social relations. Transposition, for example, is located in a scenario of landed concentration, income and power, led by local "elites", and this phenomenon is a legacy of the colonization process. Despite the unjust land structure, the Northeastern Semi-arid is much better known for the imagery of extermination linked to drought. It is the latter that is responsible for the region's precariousness, say developmentists, using the "drought industry". For this reason, the political decisions try to combat the drought, perpetuating the segregation model. Such decisions are influenced by "megalomania" and the desire to meet the fierce demands of capital, regardless of the

interference in people's lives. Thus the mega project was born here, as a solution to guarantee water security to the hinterland. After 11 years, the project, still in progress, brings many unfulfilled promises and exposes the vulnerability situation accentuated by the passage of the channels. The water has not arrived for those who need it most, proving that the neoliberal developmentalist state, creator of monumental works, is only interested in the flows of money. In view of the above, the research aims to understand how the developmental pattern and the actions of the neoliberal state interfere in the lives of groups of people, especially the most vulnerable. As a specific objective, it proposes to explain this predatory model of development, analyzing the Transposition of the São Francisco River as a macroproject. It is analyzed the drought industry and new territorialities in the hinterland, using Lang (2016), Rolnik (2015) and Domingues (2016) as the theoretical reference. The methodology used has a qualitative approach, with exploratory and descriptive bias.

Keywords: Transposition of the São Francisco River. Neoliberalism. Mega-enterprises. Drought industry. Territoriality.

INTRODUÇÃO

O fetiche por superlativos, no Brasil, passa a ganhar uma nova configuração quando o Estado, vendido às lógicas do capital, legitima os chamados megaempreendimentos. Estes grandes projetos são operacionalizados pelas confluências entre agentes públicos e privados, tendo como principal objetivo o lucro.

Estado, mercado e empreiteiras ou grandes empresas encontram no modelo neoliberal as bases de que precisam para gerar a acumulação capitalista e movimentar o excedente produtivo. Neste sentido, as intervenções econômicas pautadas no padrão desenvolvimentista são consideradas louváveis, pois colocam os países na rota do consumo. Entretanto, é também o desenvolvimento que gera contradições, invisibilizando mal-estares. No contexto do megaprojeto aqui apresentado, a Transposição do Rio São Francisco, utiliza-se a falácia de que o verdadeiro desenvolvimento exige sacrifícios, desde que os sacrificados sejam os mais vulneráveis, os “outros”. Esta é a primeira consideração a ser feita: o padrão desenvolvimentista adotado pelos Estados neoliberais é discriminatório ao passo que mantém relações sociais dominantes.

A Transposição, por exemplo, está localizada em um cenário de concentração fundiária, de renda e poder, liderado por elites locais, sendo este fenômeno um legado do processo de colonização. Apesar da injusta estrutura fundiária, o Semiárido nordestino, onde está

localizada a referida obra, é muito mais conhecido pelo imaginário de desterro ligado à seca. É esta última a responsável pelas precariedades da região, afirmam os desenvolvimentistas, valendo-se da “indústria da seca”.

Ignoram-se os grandes latifundiários – porque o objetivo é manter as relações sociais dominantes - e criminaliza-se a estiagem prolongada. Por isso, as decisões políticas tentam combater a seca, perpetuando o modelo de segregação. São decisões influenciadas pela megalomania e pelo desejo de atender às demandas ferozes do capital, sem se importar com as interferências nas vidas das pessoas.

Assim nasceu o megaempreendimento aqui estudado, como solução para garantir segurança hídrica ao sertão. Após 11 anos, o projeto, ainda em andamento, traz muitas promessas não cumpridas e expõe o quadro de vulnerabilidade acentuado pela passagem dos canais. A Transposição expandiu as fronteiras do agronegócio, desterritorializando famílias camponesas. A água não chegou para quem mais precisa, comprovando que o Estado neoliberal desenvolvimentista, idealizador de obras monumentais, só se interessa pelos fluxos de dinheiro.

A justificativa ao presente trabalho reside nas pesquisas desenvolvidas pelo Grupo de Estudos e Pesquisas Transdisciplinares sobre meio ambiente, diversidade e sociedade (GEPT/UPE/CNPq) e pelo grupo de extensão Coletivo Direitos em Movimento (DIMO/UPE), que atuam juntamente com a extensão TransVERgente (UPE campus Garanhuns e Fiocruz). A parceria permitiu uma visita às regiões afetadas pelos canais da Transposição em Sertânia - PE. A partir do diálogo, as comunidades camponesas foram ouvidas, trazendo relatos de angústia e tristeza oriundos da megaobra.

Como estudantes e pesquisadores das mais diversas áreas (Direito, Psicologia, Medicina e Enfermagem) – a parceria integra estes cursos – sentiu-se diretamente o impacto da pesquisa de campo, viu-se o processo de desterritorialização e como as grandes obras afetam, sobretudo, os mais vulneráveis.

Diante do exposto, a pesquisa apresenta como objetivo geral compreender de que modo o padrão desenvolvimentista e a atuação do Estado neoliberal interferem na vida de grupos de pessoas, principalmente os mais vulneráveis. Como objetivo específico, se propõe a explicar este modelo predatório de desenvolvimento, analisando a Transposição do Rio São Francisco enquanto macroprojeto. Já ao fim, discorre-se sobre indústria da seca e novas territorialidades no sertão. A metodologia utilizada tem abordagem qualitativa, com viés exploratório e descritivo.

1. O PADRÃO DESENVOLVIMENTISTA E A ATUAÇÃO DO ESTADO A PARTIR DA ÓTICA NEOLIBERAL

O desenvolvimento, em princípio, é um processo natural. Plantas, animais e humanos se desenvolvem a partir de uma semente, um ovo, um embrião, até que se alcance a maturidade. Para a natureza, este é um processo cíclico. Tal simbolismo, entretanto, acabou servindo de inspiração ao presidente dos Estados Unidos Harry Truman, cujo discurso de posse, em 1949, lançou ao mundo o binômio “desenvolvimento” e “subdesenvolvimento” (LANG, 2016).

Desde então, as sociedades ou economias são descritas através deste “referencial”, ou seja, o desenvolvimento, sob a ótica neoliberal, implica um processo linear e ilimitado, despertando associações positivas. Opor-se ou obstaculizar o desenvolvimentismo é visto como uma espécie de absurdo, algo sem sentido.

Apesar das propagandas neoliberais, há múltiplas razões para se desfazer do “desenvolvimento” como referente positivo. Conforme Lang (2016, p. 26):

Por um lado, em retrospectiva, sabemos que tem sido uma promessa enganosa para a grande maioria da população de regiões do Sul geopolítico. Até hoje, a chamada “cooperação ao desenvolvimento” transfere muito mais recursos do Sul para o Norte do que vice-versa. Ou seja, é um bom negócio para as economias que supostamente são “doadoras”, não para as que deveriam receber.

Prometeu-se ao Sul global que, por meio do “desenvolvimento”, este poderia participar do modo de vida dos países industrializados do Norte, mas esqueceram de dizer que o modo de vida destes países “só é possível por causa das relações coloniais – históricas e atuais” (LANG, 2016, p. 28).

Garantir uma vida baseada no acesso a bens materiais significa saturar o meio ambiente em sua capacidade de absorver dejetos, indicando que o luxo de poucos é construído sobre a espoliação de muitos. Os níveis de consumo atuais são possíveis, neste sentido, porque outras culturas foram extirpadas e outros modos de vida foram negados com o objetivo de tornar os “territórios funcionais às lógicas do capital” (LANG, 2016, p. 28).

O binômio “desenvolvimento *versus* subdesenvolvimento” se constitui em um modelo que remete às colônias *versus* países centrais. A diferença reside na substituição de patamares legitimadores: antes, falava-se em superioridade biológica e cultural; agora, fala-se em “ajuda contra a pobreza” ou “cooperação ao desenvolvimento”.

Em suma, a meta do chamado padrão desenvolvimentista é incluir territórios, notadamente aqueles não permeados pelas lógicas capitalistas, aos circuitos de acumulação de capital, transformando cidadãos em consumidores. Está-se diante de uma grande máquina de expansão do consumo capitalista, ratificada pelos governos. Estes últimos, por sua vez, impulsionam o “desenvolvimento” moderno segundo os ditames neoliberais.

O neoliberalismo, então, consiste em um conjunto de processos econômicos, políticos e culturais que permitem a um pequeno número de interesses particulares controlar a maior parte possível da vida social. As consequências dessas políticas são as mesmas em todos os lugares: crescimento da desigualdade econômica, aumento marcante da pobreza absoluta entre as nações e uma bonança sem precedente para os ricos. Para Chomsky (2002, p. 22), “resumidamente, as suas regras básicas são: liberalização do mercado e do sistema financeiro, fixação dos preços pelo mercado (‘ajuste de preços’), fim da inflação (‘estabilidade macroeconômica’) e privatização”.

A atuação estatal, ao ser conivente com a conjuntura acima, acaba perpetuando relações sociais dominantes (BRAND, 2016). Neste imperativo superposto de continuar o processo de acumulação é que “o Estado não é um ator neutro que atua independentemente da sociedade, formulando a vontade geral e solucionando problemas” (BRAND, 2016, p. 131). Acredita-se, portanto, que as confluências entre Estado e capital financeiro se inserem na perspectiva de manutenção, agora mais acentuada, da estrutura colonial capitalista, pois legitimam os interesses do capital.

Tal análise faz pensar sobre como o Estado colonial – com suas estruturas normativas - é uma instituição cuja gestão “se orienta historicamente a homogeneizar as políticas sem se importar com as culturas diversas que habitam os territórios nacionais, sem incorporar outras formas de ser, pensar e habitar os territórios” (MARTÍNEZ et al., 2016, p. 367).

O Estado permite e é condição de possibilidade para a reprodução de capital, para sua circulação e para a apropriação de riqueza por setores específicos da sociedade. Neste ínterim, “as relações entre empreiteiros privados, empresários e Estado, e suas formas de captação da renda, são um elemento comum que acaba definindo planos, políticas e agendas em função dos interesses do capital privado” (MARTÍNEZ et al., 2016, p. 375), fomentando o projeto desenvolvimentista.

As entidades e os grupos de capital têm influência em setores da institucionalidade. Por isso, é impossível, no marco neoliberal, propor reformas ou políticas públicas sem considerar as empresas e os capitais que monopolizam certas áreas da economia.

O desenvolvimento, nas circunstâncias concebidas por Truman em 1949, tem como um dos aliados o Estado, sujeito responsável por fazer concessões ao poder oligárquico, sendo sua atuação forjada no ideal neoliberal de segregação dos muitos pelos poucos.

Em um mundo de privação e opressão, existem problemas novos convivendo com antigos: pobreza, necessidades essenciais não satisfeitas, violação de liberdades, ampla negligência estatal diante dos interesses dos mais vulneráveis e ameaças constantes ao meio ambiente. Estes são indícios de que o padrão civilizatório hegemônico e desenvolvimentista - de crescimento sem fim e baseado na mercantilização das dimensões da vida – passa por uma crise, cujo término é tão incerto quanto destrutivo.

2. A TRANSPOSIÇÃO DO RIO SÃO FRANCISCO COMO MEGAEMPREENHIMENTO E SUAS ARTICULAÇÕES ENTRE AGENTES PÚBLICOS E PRIVADOS

O Brasil é um país de superlativos. Diz-se que “o culto à grandiosidade é um traço característico do povo e da política brasileiros que se expressa nos mais diversos âmbitos da vida do país” (GLASS, 2016, p. 407 - 408). Neste sentido, fala-se em melhor futebol do mundo (numa perspectiva histórica) e na maior festa popular (o carnaval). O país tem a maior cidade da América Latina (São Paulo), a maior floresta tropical, a maior biodiversidade e o maior reservatório de água doce, a Amazônia (GLASS, 2016).

A conexão com a grandiosidade, sendo real ou não, tem sido bastante explorada em benefício do projeto desenvolvimentista aqui mencionado. Isto porque diversos governos, ao longo da história recente, associam realizações de setores da economia a “um certo fetichismo nacionalista que lhes garante benevolências supraideológicas” (GLASS, 2016, p. 408). Ser grande, para o padrão desenvolvimentista neoliberal, significa, inclusive, abafar as críticas que apontem para possíveis fissuras do sistema.

Questiona-se, então, ainda de acordo com Glass (2016, p. 408),

se é motivo de orgulho sermos os maiores produtores de soja e cana do mundo; sermos os maiores exportadores de carne vermelha e termos o segundo maior rebanho bovino; termos a segunda maior hidrelétrica (Itaipu) e estarmos construindo a terceira (Belo Monte); ser brasileira a maior mineradora (Vale) e a maior mina de ferro (Carajás).

Este imaginário megalomaniaco brasileiro define um “modelo” de país que invisibiliza modos de vida, possibilidades, pessoas e futuros. Tal modelo prioriza a acumulação do capital, valendo-se da atuação estatal para alcançar seus intentos. É sob o lema “ser grande/maior/melhor” que se constroem os chamados megaempreendimentos.

Por megaempreendimentos, entendem-se os grandes projetos cujo elemento central é o “reposicionamento competitivo das cidades frente às transformações econômicas do capitalismo pós-fordista” (ROLNIK, 2015, p. 242). Identificam-se, nestes macroprojetos, a espoliação dos ativos dos mais pobres e a construção da hegemonia do capital financeiro, como sempre com o patrocínio do Estado (ROLNIK, 2015).

Podem-se considerar os megaempreendimentos como verdadeiras expressões materiais da lógica desenvolvimentista, pautados em uma transformação do modelo político de governo. Este último passa a ser forjado sob a captura contratual dos fundos públicos a partir de estruturas de gestão com participação de investidores/empreiteiras (ROLNIK, 2015).

O modelo político de governo neoliberal, portanto, transforma as políticas públicas em megaempreendimentos, sendo seus impactos sociais desastrosos. É neste sentido que reside o risco ou, conforme coloca Kowarick (2009), o “viver em risco”. Significa que as decisões

macroeconômicas geram dimensões de precariedade que se multiplicam “de forma que os mais vulneráveis, como aqueles que vivem em condições de pobreza ou em situação de insegurança da posse, estão mais propensos a viver em áreas sujeitas a desastres naturais” (ROLNIK, 2015, p. 237).

Viver em risco define a vulnerabilidade socioeconômica, política e civil de grupos de pessoas, consideradas, assim, invisíveis²⁰ e postas como as mais afetadas pelos megaempreendimentos por ocuparem lugares no território geralmente discriminados segundo a ótica capitalista. A discriminação associada à vulnerabilidade incide nos impactos oriundos de tais projetos, resultando em violações de direitos.

Como exemplo de megaprojeto, analisa-se a Transposição do Rio São Francisco. Também conhecido como Velho Chico, ele é um dos mais importantes do Brasil. Pela sua extensão e relevância, também é chamado de rio da integração nacional, atravessando paisagens diversas, como os biomas da Mata Atlântica, Cerrado e Caatinga. Por ser o único rio perene do Nordeste Setentrional, propicia agricultura irrigada, pecuária e pesca, o que o torna responsável pela subsistência das comunidades em seu entorno (CARTA EDUCAÇÃO, 2017).

A Transposição é um megaempreendimento em andamento, sob a responsabilidade da federação, com o objetivo de direcionar parte das águas do Rio para o Semiárido nordestino. O clima seco do semiárido é, *a priori*, determinado pela imprevisibilidade e má distribuição do volume de precipitações de chuvas ao longo do tempo, revelado pelos longos períodos de estiagem (SUASSUNA, 2002). Outro aspecto singular da região é a vegetação de caatinga, resistente ao clima com raízes espalhadas e caules espessos para uma melhor captação e armazenamento de água, além de folhas pequenas que reduzem a transpiração (SILVA, 2007).

Apesar das obras terem se iniciado em 2007, a ideia da transposição é muito mais antiga: começou a ser discutida em 1847 por intelectuais do Império Brasileiro de Dom Pedro II.

No modelo atual, prevê o desvio de 1% a 3% das suas águas para abastecer rios temporários e açudes que secam durante o período de estiagem. Para isso, conta com a construção de mais de 700 quilômetros de canais que farão o desvio do volume. A obra divide-se em dois grandes eixos. O Eixo Norte se encarrega de captar as águas em Cabrobó (PE) e levá-las ao sertão de Pernambuco, Paraíba, Ceará e Rio Grande do Norte. O Eixo Leste, por sua vez, realiza a captação das águas em Floresta (PE) a fim de beneficiar territórios de Pernambuco e Paraíba (CARTA EDUCAÇÃO, 2017, *online*).

²⁰ Faz-se alusão ao documentário “Invisíveis” (2017), resultado da pesquisa do professor e pesquisador em Saúde Pública André Monteiro (Fiocruz/PE), financiada pelo CNPq, que documenta os processos de vulnerabilização dos diversos grupos sociais afetados pela Transposição do Rio São Francisco.

Fala-se que a segurança hídrica para a região semiárida brasileira está entre os principais benefícios de tamanha obra. O aumento do abastecimento das áreas secas culminaria na elevação da produção de alimentos, queda da mortalidade de rebanhos e, portanto, favoreceria diretamente a vida no campo.

Entretanto, após 11 anos, o cenário é outro: nas regiões afetadas pela Transposição, os impactos socioambientais são evidentes. O macroprojeto tem promovido uma série de agressões à vida das pessoas que vivem ou viviam nas comunidades rurais por onde passam os canais. Existem relatos de doenças psíquicas, indenizações irrisórias, deslocamentos forçados das famílias camponesas (desterritorialização), violência de gênero e uso de drogas, gerando mudanças drásticas de modos de vida²¹.

Os danos se relacionam à fauna, flora, ao solo e aos valores culturais de modo geral. As ações compensatórias oferecidas no início do projeto não se concretizaram. Além de prejuízos ao meio ambiente e das promessas não cumpridas, problemas como investimentos em empreendimentos particulares e perdas de acesso a alguns locais antes transitáveis estão na lista das consequências negativas. Conta-se que uma das condicionantes no julgamento do Ministério Público para instalação da obra seria o avanço do processo de demarcação da terra, o que não ocorreu (COMBATE RACISMO AMBIENTAL, 2017).

Outro aspecto já apontado é a intervenção direta deste megaprojeto na vida das pessoas. Destaca-se, com preocupação, o índice de mulheres, sobretudo adolescentes, que tiveram gravidez indesejada e ficaram sem a assistência dos pais das crianças, os soldados do Exército e trabalhadores das empreiteiras. A proliferação do uso de drogas ilícitas nas comunidades rurais localizadas no entorno dos canteiros de obras e quadros de depressão também constam nos relatos (COMBATE RACISMO AMBIENTAL, 2017).

Neste ínterim, a violência de gênero, as consequências à saúde mental e socioambiental e os danos patrimoniais e simbólicos foram graves prejuízos àquelas populações. Outro argumento é o de que a Transposição serviu para expandir as fronteiras do agronegócio, beneficiando, principalmente, latifundiários, pois grande parte dos canais passa por fazendas. “Apenas 4% da água será destinada à população local, 26% ao uso urbano e industrial e 70% para irrigação da agricultura” (CARTA EDUCAÇÃO, 2017, *online*).

O discurso que justifica a Transposição do Rio São Francisco, assim como os demais superlativos brasileiros, é uma das mais perversas manifestações do colonialismo interno “que permeia não apenas as políticas de Estado do governo, mas o imaginário de uma numerosa parcela predominantemente urbana da sociedade brasileira” (GLASS, 2016, p. 422).

21 O documentário “Invisíveis” (2017) apresenta um apanhado de depoimentos e imagens sobre as populações vulnerabilizadas nos territórios de abrangência do projeto de Transposição do Rio São Francisco.

A falácia de que o “desenvolvimento” da nação exige seus sacrifícios - desde que os sacrificados sejam os outros, os invisíveis, os que estão acostumados a viver no limbo - ocorre em um contexto de descaso planejado. Nestas grandes obras, por exemplo, as previsões do EIA/RIMA (Estudo de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto ao Meio Ambiente) ²² geralmente não são cumpridas. Assim o foi com a Transposição.

São as confluências entre Estado e agentes privados, ambos na posição de personificações centrais da acumulação de capital, que apresentam fins duvidosos - para a parcela mais vulnerável da população – suplantando com uma surpreendente naturalidade princípios humanitários em nome do “padrão desenvolvimentista”.

3. A DESTERRITORIALIZAÇÃO DAS FAMÍLIAS CAMPONESAS NO CONTEXTO DA TRANSPOSIÇÃO DO RIO SÃO FRANCISCO: DA INDÚSTRIA DA SECA AOS TERRITÓRIOS DE ESPERA TUTELADOS

Neste ponto do presente trabalho, busca-se analisar um dos impactos sociais oriundos da Transposição. Diante do cenário de desterro e desolação já descrito no tópico anterior, o destaque à desterritorialização das famílias camponesas visa demonstrar que a intervenção compulsória na vida delas fez emergir problemas complexos, intensificados pela morosidade da etapa de finalização das obras.

A desestabilização do poder territorial, a desconstrução do modo de produção familiar camponês, a descaracterização da identidade camponesa e, por fim, a desvitalização da autonomia, fragilizando as possibilidades de escolhas e decisões sobre a vida e a saúde, estão entre estes problemas.

A transferência dos grupos de pessoas para os territórios de espera (ou Vilas Produtivas Rurais, no contexto da Transposição) se constitui em um evento vulnerabilizante legitimado pelo Estado. Isto remete à falácia de que o modelo de desenvolvimento exige sacrifícios, desde que os sacrificados sejam os considerados “invisíveis” pelo próprio sistema. Assim funciona a atuação neoliberal estatal, alimentada pelo capital financeiro e pelos agentes privados (empreiteiras), cujo objetivo é o lucro.

Antes de discutirmos sobre os territórios de espera, para onde muitas famílias camponesas foram levadas quando os canais deste megaprojeto tomaram suas antigas casas, faz-se necessária uma breve descrição do processo de conformação social e econômica do Semiárido nordestino, “visto que, a partir disso, se revela o legado colonizador desta região, expresso pela tenacidade dos grandes latifúndios” (DOMINGUES, 2016, p. 15).

22 O Relatório de Impacto Ambiental do Projeto de Integração do Rio São Francisco está disponível em: <<http://www.integracao.gov.br/documents/10157/3678963/Rima+-+Relat%C3%B3rio+de+Impacto+Ambiental.pdf/4324863d-cbff-4522-9bd0-eab9d34b8fe2>>.

Neste íterim, deve ser dito que a estrutura da organização econômica do sertão nordestino se engendra a partir não somente da natureza física do lugar, mas também da distribuição fundiária e de propriedade e divisão social do trabalho (ANDRADE, 2011).

Desde o período colonial, a economia sertaneja se fundamenta na criação de gado e outros bichos. A agricultura, por sua vez, é restrita a pequenas áreas, servindo para o abastecimento das populações locais, formadas por núcleos familiares (DOMINGUES, 2016, p. 16). É, portanto, o caráter geográfico do sertão determinante nas formas de atividades de subsistência e sobre os meios de produção da população residente. Domingues (2016, p. 16 - 17) assevera:

Parece evidente que a (re)produção dos modos de vida das populações locais dependem das possibilidades da ação humana sobre as adversidades, que incutem condições limitadoras à vida no semiárido. Nesta direção, aponta-se para a responsabilidade do Estado em planejar e prover ações que solucionem ou, minimamente, mitiguem as desigualdades sociais que agravam o desafio de viver com a semiaridez.

O grande problema é atribuir ao fenômeno da seca a responsabilidade exclusiva sobre a miséria instalada no lugar, ocultando elementos estruturais perpetuadores de injustiças e desigualdades. Quando tal perspectiva reducionista fomenta o combate à seca, as decisões políticas sobre o assunto acabam se fundamentando em três dimensões, segundo Silva (2007, p. 471): “a finalidade da exploração econômica; a visão fragmentada e tecnicista da realidade local; e o proveito político dos dois elementos anteriores em benefício das elites políticas e econômicas regionais”.

A seca, colocada nacionalmente como um grave problema, converte-se em argumento político quase irrefutável para conseguir recursos, obras e outras benesses que seriam monopolizadas pelas elites dominantes locais (SILVA, 2003).

As classes dominantes, assim, aproveitam o cenário de precariedade do Semiárido nordestino para auferir vantagens oferecidas pelo Estado, criando as relações promíscuas da indústria da seca. Esta última, conforme Menezes e Moraes (2002, p. 60), se caracteriza como “um arranjo de certos segmentos das classes dominantes que se beneficiam indevidamente de subsídios e vantagens oferecidos pelo governo”.

As políticas públicas e decisões políticas historicamente implementadas no Nordeste brasileiro representam o paradigma de combate à seca, com conseqüente reprodução da concentração de terra, poder e riquezas (CAMPOS, 2014). Quando se fala que “o problema do sertão não é a seca, é a cerca”, faz-se menção à concentração fundiária, de renda e poder, legados da colonização e responsáveis por manter as insalubres condições de vida da região.

Acredita-se que a seca encobre interesses escusos vindos de quem possui influência política ou econômica. Logo, é “a persistência das desigualdades sociais que está na base da

reprodução secular das condições de miséria que fragilizam as famílias sertanejas, impedindo-as de resistir aos efeitos das estiagens prolongadas” (SILVA, 2007, p. 471).

Através da indústria da seca, o Semiárido é mais uma vítima do processo desenvolvimentista, que se concretiza por meio da atuação do Estado enquanto instituição capitalista e pós-colonial. O sistema dos grandes latifúndios, de um lado, e das parcelas minúsculas de terra para agricultores, de outro, é predatório, pois concentra terra e miséria ao passo que mantém o coronelismo e o poder político das mesmas famílias.

A Transposição do Rio São Francisco, portanto, foi forjada sob este paradigma neoliberal, servindo-se da vulnerabilidade de tantos sertanejos calejados pela secular e desigual estrutura fundiária.

Ainda no contexto do megaempreendimento aqui estudado e tendo em vista a situação social e geográfica do Semiárido, foram ofertadas como “solução” de reassentamento para uma parcela das populações desapropriadas as Vilas Produtivas Rurais (VPRs). Estas disposições estão no Projeto Básico Ambiental (PBA) n° 8²³.

Vale salientar que as propostas de reassentamento se diversificam em algumas modalidades, entre as quais se encontram as VPRs. Consoante Domingues (2016, p. 61 – 62):

A opção pelo reassentamento rural coletivo foi prescrita para famílias proprietárias de terras e/ou benfeitorias e de não proprietárias com benfeitorias, que atendam os critérios de elegibilidade, não claramente explicitados no referido PBA. De acordo com o documento oficial: os que optarem por essa modalidade farão a permuta do valor indenizatório da casa em que residem pelo reassentamento.

Cada família camponesa realocada nas Vilas possui direito a uma extensão territorial que totaliza cinco hectares de terra. O programa de medidas mitigatórias deve assegurar o acesso das famílias reassentadas aos serviços primários de educação e saúde, assim como assistência técnica rural.

Ainda que se fale em medida mitigadora ou compensatória, o processo de reassentamento por meio das VPRs é considerado desterritorialização compulsória ou deslocamento forçado, porque “vincula-se a uma condição externa e obrigatória de ser desapropriado e (re)territorializar-se em outro local” (DOMINGUES, 2016, p. 74).

A intervenção compulsória sofrida por essas famílias impõe mudanças drásticas nas formas de organização material e imaterial da vida, afetando, sobretudo, a territorialidade camponesa.

23 O Projeto Básico Ambiental (PBA) foi elaborado a partir das recomendações das medidas mitigadoras, compensatórias, de monitoramento e controle ambiental do Projeto de Integração do Rio São Francisco com Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional – PISF, descritas no Estudo de Impacto Ambiental (EIA) do empreendimento, sendo assim, subdividido em Programas específicos, como o Programa de Reassentamento das Populações apresentado pelo Ministério de Integração Nacional – MI ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, com vistas à emissão da Licença de Instalação do empreendimento.

Assim sendo, acredita-se que todo território humano é uma construção social e histórica, de natureza simbólica e concreta, onde a vida acontece e ganha significação. O espaço é base primeira de reprodução social, portanto, substrato de vida (DOMINGUES, 2016).

Considerando, conforme já dito, a relação entre o caráter geográfico do sertão e as formas de atividades da população residente, a Transposição em si pode ser enquadrada como uma forma de destruição dos modos de vida rurais, seja quando oferece uma indenização injusta, seja com a possibilidade de reassentamento. Este último, ao transferir grupos de famílias que viviam do campo, causou impactos na relação homem-espaço-tempo.

Neste sentido, as Vilas Produtivas Rurais são territórios de espera tutelados, segundo denominação feita pelo geógrafo Alain Musset, pelo sociólogo Dominique Vidal e pelo historiador Laurent Vidal (2011). O reassentamento em um local completamente diferente daquele a que pertenciam-na contramão do previsto no PBA – deu origem a espaços ou zonas de espera que se estendem no tempo. Lugares onde a temporalidade é suspensa. Neles, as pessoas não fazem outra coisa senão ‘empurrar o tempo’ (AGIER, 2015a, p. 73, grifo do autor). São tutelados porque o Estado é o responsável por impedir a continuidade das relações de produção.

Nas VPRs, então, não existe apropriação simbólica, sentimento de pertencimento ou memórias. Conforme entendimento de Florêncio da Silva (2016, p. 94), “as vidas estão em suspensão, não só juridicamente”.

O megaempreendimento condenou as famílias camponesas sujeitas ao processo de reassentamento ao “limbo existencial que consiste na espera pela conclusão das obras para, então, prosseguir em retomada dos seus modos de produção” (DOMINGUES, 2016, p. 86). Há Vilas, cujos moradores ainda não receberam os lotes produtivos irrigados e de sequeiro, tornando o trabalho camponês inviável devido à privação dos meios básicos de produção (DOMINGUES, 2016).

Em suma, ao confiscar o antigo território (base de subsistência), o Estado, atuando sob o manto neoliberal desenvolvimentista, impediu a continuidade das relações de produção e passou a “compensar” o desmonte do modo de produção familiar com a oferta mensal de uma Verba de Manutenção Temporária (VMT).

Foi o Estado, aproveitando-se da indústria da seca, que propiciou os territórios de espera da Transposição do Rio São Francisco (ou VPRs), territórios do não pertencer, territórios da exceção. Esta excepcionalidade jurídica, criada territorialmente, tem o intuito de controlar as populações consideradas “indesejadas”, segundo afirma Florêncio da Silva (2016). Não importa se para alcançar tal intento, novas e árduas territorialidades devam ser construídas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisar a Transposição do Rio São Francisco como megaempreendimento, fruto das relações entre Estado e agentes privados, significa evidenciar seus impactos socioambientais. Isto porque esta obra megalomaniaca teve efeitos devastadores sobre a vida e a autonomia de grupos de pessoas, principalmente os mais vulneráveis.

Percebe-se que o Estado fomenta a acumulação do capital quando permite que o mercado e as empreiteiras dominem as decisões políticas e as intervenções econômicas. Os entes envolvidos se valem dos pressupostos neoliberais para implantar o modelo de desenvolvimento predatório e discriminatório.

Num verdadeiro culto à grandiosidade, constroem-se os megaempreendimentos ou macroprojetos, entre eles a Transposição, estudada juntamente com as articulações feitas entre agentes públicos e privados. Vendida como garantia de segurança hídrica para o Semiárido nordestino, calejado por estiagens longas, a obra, após 11 anos, revela seu lado mais obscuro com promessas do EIA/RIMA não cumpridas e agravamento da situação de vulnerabilidade de famílias camponesas.

Deslocadas compulsoriamente de suas propriedades devido à passagem dos canais, foram reassentadas em Vilas Produtivas Rurais ou territórios de espera tutelados. Neste processo, há um afastamento entre os sujeitos e seu saber originário, entre os sujeitos e o espaço, entre os sujeitos e o tempo. As famílias camponesas sofrem, então, com a inviabilização das atividades tradicionais de agricultura e criação de animais.

O desmonte dos modos de produção familiar parece tangenciado por um mecanismo que obedece ao formato padrão de implantação de grandes obras desenvolvimentistas nos territórios locais.

Em outras palavras, a implantação do megaprojeto legitimou-se através de manobras que acionaram interesses materiais e imateriais, vinculados à situação de miséria do sertão, como também inflamaram as representações simbólicas sobre a seca.

Nota-se, diante do cenário descrito, certo intento de subverter a região semiárida ao contexto econômico nacional e internacional do agronegócio. Por isso, frisa-se a necessidade de aprofundar o entendimento sobre o desenovelar das escolhas políticas nos territórios atingidos e suas repercussões na vida das famílias camponesas desterritorializadas compulsoriamente.

As escolhas e decisões políticas, sob a égide de resolver os problemas relacionados à seca, se encontram circunscritas em paradigmas que norteiam o caráter das intervenções socioeconômicas neoliberais, permitindo que grandes latifundiários nordestinos beneficiem-se de investimentos realizados e dos créditos bancários concedidos à região, enquanto os trabalhadores ficam vulneráveis, ou melhor, são violentamente invisibilizados.

REFERÊNCIAS:

AGIER, MICHEL. MIGRAÇÕES, DESCENTRAMENTO E COSMOPOLITISMO: UMA ANTROPOLOGIA DAS FRONTEIRAS. TRAD. BRUNO CÉSAR CAVALCANTI, MARIA STELA TORRES B. LAMEIRA, RACHEL ROCHA DE A. BARROS. SÃO PAULO: ED. UNESP; ALAGOAS: EDUFAL, 2015A, 320 P.

ANDRADE, M. C. A TERRA E O HOMEM DO NORDESTE: CONTRIBUIÇÃO AO ESTUDO DA QUESTÃO AGRÁRIA NO NORDESTE. 8. ED. SÃO PAULO: CORTEZ, 2011.

BRAND, ULRICH. ESTADO E POLÍTICAS PÚBLICAS: SOBRE OS PROCESSOS DE TRANSFORMAÇÃO. IN: LANG, MIRIAM ET AL. (ORG.). DESCOLONIZAR O IMAGINÁRIO. DEBATES SOBRE PÓS-EXTRATIVISMO E ALTERNATIVAS AO DESENVOLVIMENTO. SÃO PAULO: ELEFANTE, 2016. P. 123-137.

CAMPOS, J. N. B. SECAS E POLÍTICAS PÚBLICAS NO SEMIÁRIDO: IDEIAS, PENSADORES E PERÍODOS. ESTUDOS AVANÇADOS, SÃO PAULO, V. 28, N.82, P. 65-88, 2014.

CARTA EDUCAÇÃO. ENTENDA A TRANSPOSIÇÃO DO RIO SÃO FRANCISCO. 2017. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.CARTAEDUCACAO.COM.BR/REPORTAGENS/ENTENDA-A-TRANSPOSICAO-DO-RIO-SAO FRANCISCO/](http://www.cartaeducacao.com.br/reportagens/entenda-a-transposicao-do-rio-sao-francisco/). ACESSO EM: 20 AGO. 2018.

CHOMSKY, NOAM. O LUCRO OU AS PESSOAS: NEOLIBERALISMO E ORDEM GLOBAL. TRAD. PEDRO JORGENSEN JR. RIO DE JANEIRO: BERTRAND BRASIL, 2002.

COMBATE RACISMO AMBIENTAL. PESQUISA DA FIOCRUZ EXPÕE VULNERABILIZAÇÃO DAS COMUNIDADES E POVOS ATINGIDOS PELA TRANSPOSIÇÃO DO SÃO FRANCISCO EM PE. 2017. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://RACISMOAMBIENTAL.NET.BR/2017/03/31/PESQUISA-DA-FIOCRUZ-EXPOE-VULNERABILIZACAO-DAS-COMUNIDADES-E-POVOS-ATINGIDOS-PELA-TRANSPOSICAO-DO-SAO-FRANCISCO-EM-PE/](https://racismoambiental.net.br/2017/03/31/pesquisa-da-fiocruz-expoe-vulnerabilizacao-das-comunidades-e-povos-atingidos-pela-transposicao-do-sao-francisco-em-pe/). ACESSO EM: 10 SET. 2018.

DOMINGUES, RENATA CORDEIRO. A VULNERABILIZAÇÃO CAMPONESA NO CONTEXTO DA TRANSPOSIÇÃO DO RIO SÃO FRANCISCO: O DESTERRO NA VILA PRODUTIVA RURAL BAIXIO DOS GRANDES (JUNCO). 2016. 113 F. DISSERTAÇÃO (MESTRADO ACADÊMICO EM SAÚDE PÚBLICA) - CENTRO DE PESQUISAS AGGEU MAGALHÃES, FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ, RECIFE. 2016.

FLORÊNCIO DA SILVA, DANIELA. DAS MIGRAÇÕES FORÇADAS À CONTENÇÃO TERRITORIAL: AS GEOGRAFIAS DO CAMPO DE REFUGIADOS DE DADAAB NO QUÊNIA. 2016. 234 F. DISSERTAÇÃO (MESTRADO EM GEOGRAFIA) - PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM GEOGRAFIA, UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO, RECIFE. 2016.

GLASS, VERENA. O DESENVOLVIMENTO E A BANALIZAÇÃO DA ILEGALIDADE: A HISTÓRIA DE BELO MONTE. IN: LANG, MIRIAM ET AL. (ORG.). DESCOLONIZAR O IMAGINÁRIO. DEBATES SOBRE PÓS-EXTRATIVISMO E ALTERNATIVAS AO DESENVOLVIMENTO. SÃO PAULO: ELEFANTE, 2016. P. 405-424.

KOWARICK, LÚCIO. VIVER EM RISCO: SOBRE A VULNERABILIDADE SOCIOECONÔMICA E CIVIL. SÃO PAULO: EDITORA 34, 2009.

LANG, MIRIAM. INTRODUÇÃO: ALTERNATIVAS AO DESENVOLVIMENTO. IN: LANG, MIRIAM ET AL. (ORG.). DESCOLONIZAR O IMAGINÁRIO. DEBATES SOBRE PÓS-EXTRATIVISMO E ALTERNATIVAS AO DESENVOLVIMENTO. SÃO PAULO: ELEFANTE, 2016. P. 25-44.

MARTÍNEZ, ALEXANDRA ET AL. O ESTADO COMO INSTRUMENTO, O ESTADO COMO IMPEDIMENTO: CONTRIBUIÇÕES AO DEBATE SOBRE A TRANSFORMAÇÃO SOCIAL. IN: LANG, MIRIAM ET AL. (ORG.). DESCOLONIZAR O IMAGINÁRIO. DEBATES SOBRE PÓS-EXTRATIVISMO E ALTERNATIVAS AO DESENVOLVIMENTO. SÃO PAULO: ELEFANTE, 2016. P. 355-401.

MENEZES, E. O.; MORAIS, J. M. L. SECA NO NORDESTE: DESAFIOS E SOLUÇÕES. SÃO PAULO: ATUAL, 2002.

ROLNIK, RAQUEL. GUERRA DOS LUGARES: A COLONIZAÇÃO DA TERRA E DA MORADIA NA ERA DAS FINANÇAS. SÃO PAULO: BOITEMPO, 2015.

SILVA, R. M. A. ENTRE O COMBATE À SECA E A CONVIVÊNCIA COM O SEMI-ÁRIDO: POLÍTICAS PÚBLICAS E TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA. REVISTA ECONÔMICA DO NORDESTE, FORTALEZA, V. 38, N. 3, P. 466-485, JUL/SET. 2007.

_____. ENTRE DOIS PARADIGMAS: COMBATE À SECA E A CONVIVÊNCIA COM O SEMIÁRIDO. SOCIEDADE E ESTADO, BRASÍLIA, V. 18, N. 1/2, P. 339-360, JAN./DEZ. 2003.

SUASSUNA, J. SEMI-ÁRIDO: PROPOSTA DE CONVIVÊNCIA COM A SECA. RECIFE: FUNDAÇÃO JOAQUIM NABUCO, 2002. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.FUNDAJ.GOV.BR/INDEX.PHP?OPTION=COM_CONTENT&ID=659&ITEMID=376](http://www.fundaj.gov.br/index.php?option=com_content&id=659&Itemid=376). ACESSO EM: 10 AGO. 2018.

VIDAL, LAURENT; MUSSET, ALAIN; VIDAL, DOMINIQUE. SOCIEDADES, MOBILIDADES, DESLOCAMENTOS: OS TERRITÓRIOS DA ESPERA. O CASO DOS MUNDOS AMERICANOS (DE ONTEM A HOJE). REVUE FRANCO-BRÉSILIENNE DE GÉOGRAPHIE, N. 13, P. 1-24, 2011. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://CONFINS.REVUES.ORG/7274](http://confins.revues.org/7274)>. ACESSO EM: 15 AGO. 2018.

O ESTIGMA NA FORMAÇÃO MILITAR: HUMILHAÇÃO OU MOTIVAÇÃO

*Alexandre Graciano da Silva*²⁴

*Maria Rejane Tavares da Silva*²⁵

*Orientadora: Renata Celeste*²⁶

Resumo: O presente artigo trata de um tema difícil e que pode suscitar antagonismos no meio social que é a estigmatização. A pretensão é demonstrar que os estereótipos que são responsáveis pela formação de estigmas podem ser trabalhados de forma positiva servindo de incentivo aos indivíduos, sob determinadas, restritas e controladas situações. **Problema investigado:** Será feita uma análise das particularidades de uma atividade de formação militar com a descrição de exercícios no terreno para a instrução de militares através de oficinas de treinamento, com destaque em uma operação no ambiente aquático. **Objetivos:** Analisar os impactos positivos e/ou negativos sobre os indivíduos estigmatizados, inclusive com a utilização de signos identificadores em atenção a medidas para a segurança dos participantes. **Método de análise:** O método mais adequado para o desenvolvimento do presente artigo é o descritivo mais análise de caso. Serão utilizadas pesquisas bibliográficas em livros e artigos científicos. **Conclusões:** O presente artigo descreve a possibilidade de utilização do estigma para produzir efeitos positivos, podendo servir de meio eficaz de motivação para o aperfeiçoamento individual e superação de medos e limitações.

Palavras-chave: Estigma. Militar. Motivação.

Abstract: The present article deals with a difficult subject that can provoke antagonisms in the social environment that is the stigmatization. The intention is to demonstrate that the stereotypes that are responsible for the formation of stigmas can be worked in a positive way serving as an incentive to individuals, under certain, restricted and controlled situations. **Investigated problem:** An analysis of the particularities of a military training activity will be made, with the description of exercises on the ground for the instruction of military personnel through training workshops, with emphasis on an operation in the aquatic environment. **Objectives:** To analyze the positive and / or negative impacts on the stigmatized individuals,

²⁴ Mestrando em História das Ideias Penais da Faculdade Damas, alexandregraciano@yahoo.com.br.

²⁵ Mestrando em História das Ideias Penais da Faculdade Damas, rejanetavares5@hotmail.com.

²⁶ Doutora pela UFPE, professora do mestrado Ppgd Damas, coordenadora adjunta da graduação em direito, orientadora do grupo de pesquisa de estudos de direito, biopolítica e subjetividades, renata.celeste@faculdedamas.edu.br.

including the use of identifying signs in consideration of measures for the safety of the participants. **Method of analysis:** The most appropriate method for the development of this article is the descriptive plus case analysis. Bibliographic research will be used in books and scientific articles. **Conclusions:** This article describes the possibility of using stigma to produce positive effects and can serve as an effective means of motivation for individual improvement and overcoming fears and limitations.

Keywords: Stigma. Military. Motivation.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca tratar o estigma sob um novo olhar que não seja o puramente pejorativo como é normalmente avaliado pelo senso comum. O tema será estudado dentro de um ambiente que para muitas pessoas é totalmente desconhecido, uma área de acampamento de instrução para formação militar.

A instrução para formação básica do militar baseia-se na transferência de conhecimentos e habilidades específicas com o objetivo de capacitar os indivíduos para que sejam empregados em operações bélicas em diversos locais, como montanhas, selvas, pântanos e ambientes aquáticos.

O foco deste artigo será um treinamento que consiste no adestramento de pessoal para capacitá-los a transpor um curso d'água ou qualquer ambiente aquático semelhante, sem a dispensação de uniformes, armas e outros equipamentos individuais para o combate.

Por se tratar de uma operação que envolve elevados riscos e um grande número de aprendizes, os monitores e instrutores responsáveis lançam mão da utilização de signos para identificação imediata dos alunos qualificando-os segundo suas habilidades e limitações. Esta marcação pode ser vista como uma forma de estigmatização frente ao grupo.

A definição de estigma está originalmente ligada à percepção que se pode ter de um indivíduo, com a identificação de sinais distintivos, como bem descreve Goffman:

“Os gregos, que tinham bastante conhecimento de recursos visuais, criaram o termo estigma para se referirem a sinais corporais com os quais se procurava evidenciar alguma coisa de extraordinário ou mal sobre o status moral de quem os apresentava. Os sinais eram feitos com cortes ou fogo no corpo e avisavam que o portador era um escravo, um criminoso ou traidor, uma pessoa marcada, ritualmente poluída, que devia ser evitada; especialmente em lugares públicos”. (GOFFMAN, 2004, p. 5).

Ao contrário do que possam parecer inicialmente, os signos utilizados nos indivíduos em formação que estão participando de uma instrução militar são para melhorar a eficiência da segurança e também como forma de incentivo para a busca do aperfeiçoamento individual e incremento da capacitação operacional.

1. FORMAÇÃO MILITAR

A título de exemplo, o Exército Brasileiro disponibiliza anualmente vagas para preenchimento mediante concurso para formação de praças e oficiais que ao ingressarem na caserna precisam passar por um curso de preparação básica de atividades militares. Homens e mulheres são reunidos em um mesmo ambiente escolar tendo contato pela primeira vez com armas, munições, equipamentos bélicos e exercícios militares dos quais, provavelmente, desconhecem. É operada uma mudança radical em suas vidas com a transmissão de conhecimentos específicos, valores militares e comportamentos peculiares cobrados daqueles que deverão usar uniformes e demais prerrogativas exclusivas dos integrantes das Forças Armadas.

1.1 Disciplina militar

A disciplina é essencial no meio militar que junto com a hierarquia formam os pilares estruturais das Forças Armadas. O poder disciplinar é o fator primordial e que prepondera na formação inicial dos indivíduos que chegam do meio civil para tornarem-se militares. Quando de sua chegada os alunos pretendentes a ingressar na carreira militar mostram-se totalmente alienados e com informações confusas e parciais sobre o que os aguarda dentro dos quartéis. Daí a necessidade de serem bem “adestrados”. O filósofo francês Michel Foucault descreve que:

“Walhausen, bem no início do século XVII, falava da “correta disciplina”, como uma arte do “bom adestramento”. O poder disciplinar é, com efeito, um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior “adestrar”; ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor. Ele não amarra as forças para reduzi-las; procura ligá-las para multiplicá-las e utilizá-las num todo”. (FOUCAULT, 2008, p.191).

Esta passagem retrata que a disciplina busca promover um efeito sinérgico em um determinado grupo de indivíduos que devidamente adestrados e agindo em conjunto como uma massa uniforme e coordenada pode produzir resultados muito mais eficazes do que nas ações individuais ou de grupos que agem sem coordenação e de forma heterogênea. Temos como um exemplo histórico as manobras das legiões romanas que atuavam como blocos coesos e bem coordenados obedecendo aos comandos de forma marcial e uniforme, difíceis de serem debeladas.

A formação militar busca, além de transmitir conhecimentos específicos da guerra, reduzir as limitações dos indivíduos com ganho expressivo em suas habilidades. Um grupo coeso e disciplinado traz mais confiança aos seus integrantes elevando a moral e fortalecendo o espírito de equipe. Em uma situação real de combate a vida do indivíduo pode depender das habilidades e destreza de seus companheiros.

1.2 Acampamento

O batismo de fogo dos alunos iniciantes é conhecido na caserna como acampamento. Este exercício tem duração de aproximadamente uma semana. Várias oficinas de aprendizagem são montadas em um ambiente de mata para que os alunos ponham em prática o que aprenderam durante as aulas teóricas dentro dos quartéis. Suas habilidades serão testadas bem como a perseverança e resistência. Manter-se motivado é essencial para lograr êxito nas provas a serem vencidas.

Destaca-se aqui para o objetivo deste trabalho um exercício feito em ambiente aquático que exige dos participantes muita cautela para atravessarem um curso d'água munidos de seus equipamentos individuais, ou seja, uniforme de combate, mochila e armamento. A prova consiste em atravessar um rio segurando um cabo levemente submerso, um atrás do outro, em fila indiana, até a margem oposta. Por se tratar de um exercício com um alto nível de risco envolvido, monitores e instrutores devem redobrar os cuidados com os iniciantes para prevenir acidentes. Utilizam-se para isso de uma marcação para identificar de forma rápida os indivíduos que não sabem nadar. Este sinal consiste em virar a pala do gorro do treinando para trás, surgindo o estereótipo dos "7 n's" ("não nada nada nem nuca nadará nada").

1.3 Signos

O momento da identificação dos "7 n's" requer um cuidado maior, pois, normalmente o indivíduo não se sente à vontade em revelar sua deficiência perante o grupo por temer discriminações. Mas, especificamente nesta ocasião, é preciso que se esclareça que a omissão de suas limitações pode colocá-lo em risco. Dentro da visão de Goffman os indivíduos podem ser vistos como desacreditados e desacreditáveis (GOFFMAN, 2004, p. 38). Os monitores e instrutores devem inicialmente tratar a todos como desacreditáveis por questões de segurança. Aqueles que confessarem não saber nadar serão tidos como desacreditados e devidamente identificados. Guardadas as devidas proporções, ao virar a pala do gorro cria-se o símbolo de estigma que é assim definido por Goffman:

"Signos que são especialmente efetivos para despertar a atenção sobre uma degradante discrepância de identidade que quebra o que poderia, de outra forma, ser um retrato global

coerente, com uma redução conseqüente em nossa valorização do indivíduo".
(GOFFMAN, 2004, p. 40).

2. RELAÇÕES INTERSUBJETIVAS

A incerteza sobre a reação do grupo e o risco de rejeição ou isolamento pode conduzir o indivíduo a arriscar não expor sua falta de habilidade em natação. É compreensível que o mesmo se veja confiante diante da prova e que prefira arriscar a travessia vendo a possibilidade de lograr êxito apenas segurando o cabo submerso e contando que não irá necessitar nadar. A reação de muitos novatos é fazer o possível para se integrarem ao grupo o mais rápido possível. Isso traz uma sensação de segurança e aceitação, ganhando notoriedade e respeito dos integrantes da turma.

2.1 Risco do encobrimento

No afã de evitar uma exposição negativa frente aos companheiros de turma que apenas recentemente foi formada, o aluno iniciante, por vezes, envida todos os esforços para omitir limitações que possam servir de pretexto para chacotas. Goffman define essa prática como encobrimento e que pode levar ao que denomina de "aumento de pressão", ou seja:

"Pressão para elaborar mentiras, uma atrás da outra, para evitar uma revelação. Suas técnicas adaptativas podem, elas próprias, ferir sentimentos e dar lugar a mal-entendidos por parte de outras pessoas. Seus esforços para esconder certas incapacidades o levam a revelar outras ou a dar a impressão de fazê-lo: relaxamento, como quando uma pessoa quase cega que finge ver tropeça num banquinho ou derrama bebida na camisa; falta de atenção, teimosia, acanhamento, ou distância, como quando uma pessoa que não escuta não responde a alguma observação feita por alguém que ignora a sua deficiência".
(GOFFMAN, 2004, p. 74).

Ao optar pelo encobrimento o indivíduo terá sobre si um incremento da necessidade de executar a tarefa sem transparecer preocupação, muitas vezes fingindo ter uma coragem acima da média dos outros integrantes para não despertar suspeitas de que está inseguro. Cria a ilusão de ter que manter no mais absoluto sigilo sua limitação. Ao praticar o encobrimento e tentar alinhar-se ao grupo dá início a um círculo vicioso. Uma possível descoberta de que ocultou deliberadamente o fato de não saber nadar agravaria ainda mais a imagem do indivíduo perante o grupo, pois, além de limitado seria considerado um mentiroso e indigno de confiança.

A própria natureza da prova aquática pode apresentar situações inusitadas, como mal tempo e correnteza, alterando significativamente o nível de dificuldade, podendo ser determinante

para expor aqueles que pretendiam manter o encobrimento. Goffman expõe muito bem a situação quando escreve que:

“O indivíduo que se encobre pode também sofrer a experiência clássica e fundamental de ter que se expor, durante uma interação face-a-face, traído pela própria fraqueza que ele tenta esconder, pelos outros presentes ou por circunstâncias impessoais. A situação do gago é um exemplo.”

“Nós, que somos gagos, falamos somente quando necessário. Escondemos nosso defeito, às vezes tão bem, que as pessoas íntimas se surpreendem quando, num momento de descuido, uma palavra nos escapa da língua e falamos bruscamente, gritamos, fazemos careta e ficamos asfixiados, até que finalmente o espasmo termina e abrimos nossos olhos para observar o desastre”. (GOFFMAN, 2004, p. 74).

O encobrimento que inicialmente pode parecer uma boa opção nas relações interpessoais da vida civil cotidiana pode mostra-se deveras perigoso na instrução militar. A tentativa de evitar uma estigmatização pode se revelar muito mais danosa e ter um efeito contrário, devastador que, além de desnudar inabilidade em nadar pode também expor a covardia em admitir uma limitação, culminando com o aumento da desconfiança por parte dos monitores, instrutores e os integrantes do grupo. O resultado seria o indivíduo receber dois estigmas na caserna, o de “7n’s” e o de “embusteiro”, cujo sinônimo pode ser definido como mentiroso, enganador ou impostor.

2.2 Controle rígido do ambiente e pessoal de instrução

Diante das possibilidades e riscos apresentados alhures é feita uma seleção de profissionais que possuam larga experiência e alta capacidade de percepção para identificar situações de perigo em tempo de se evitar um acidente. Anualmente são formados milhares de combatentes e os exercícios nas fases iniciais são praticamente os mesmos criando uma rotina de trabalho e uma boa *expertise* por parte dos instrutores e monitores responsáveis pelas provas. Estes, com uma rápida observação já conseguem detectar possíveis encobrimentos quando no contato inicial dos indivíduos com a água. Gestos, olhares e comportamentos arredios sinalizam possíveis desacreditados que omitiram suas limitações. Esta situação também é vista por Goffman quando relata que:

“A presença de companheiros de sofrimento (ou de “informados”) introduz um conjunto especial de contingências relativas ao encobrimento, já que as mesmas técnicas usadas para esconder estigmas podem revelar o segredo a alguém que esteja familiarizado com as manhas do ofício, supondo-se que basta uma pessoa (ou seu círculo mais chegado) para reconhecer o estigma”. (GOFFMAN, 2004, p. 75).

Em princípio, e por questão de prevenção, todos os alunos são considerados desacreditáveis até que admitam sua limitação de não saber nadar. Surge aí o risco de utilização do acobertamento por parte de alguns mais reservados ou envergonhados que ficam preocupados em evitar uma exposição que consideram desnecessária e que acreditam poder facilmente contorná-la. Esta situação é também descrita por Goffman:

“Deve-se estabelecer uma nítida distinção entre a situação da pessoa desacreditada que deve manipular a tensão e a situação da pessoa desacreditável que deve manipular a informação. Os estigmatizados empregam uma técnica adaptativa, entretanto, que exige que o investigador considere essas duas possibilidades. A diferença entre a visibilidade e a obstrução estão implícitas neste ponto”. (GOFFMAN, 2004, p. 89).

2.3 A escolha de estereótipos e a motivação

A reversibilidade dos estereótipos utilizados nos treinamentos militares descritos no presente trabalho é essencial e o principal motivo de seu emprego. O indivíduo deve ser estimulado a assumir suas limitações para então ser possível iniciar um trabalho de aperfeiçoamento. Afastar-se de sua identidade pessoal poderá trazer uma satisfação temporária e efêmera que em pouco tempo será desmascarada, impactando mais negativamente na visão do seu “eu” por parte do grupo. Esta situação também é descrita na obra Estigma quando Goffman afirma que:

“As identidades social e pessoal são parte, antes de mais nada, dos interesses e definições de outras pessoas em relação ao indivíduo cuja identidade está em questão. No caso da identidade pessoal, esses interesses e definições podem surgir antes mesmo de o indivíduo nascer e continuam depois dele haver sido enterrado, existindo, então, em épocas em que o próprio indivíduo não pode ter nenhuma sensação inclusive as sensações de identidade. Por outro lado, a identidade do eu é, sobretudo, uma questão subjetiva e reflexiva que deve necessariamente ser experimentada pelo indivíduo cuja identidade está em jogo. Assim, quando um criminoso usa um pseudônimo, está-se afastando totalmente de sua identidade pessoal; quando mantém as -iniciais originais ou algum outro aspecto de seu nome original, está, ao mesmo tempo, favorecendo um sentido de sua identidade do eu”. (GOFFMAN, 2004, pp. 91 e 92).

Desde o ingresso em uma escola militar para frequentar um curso de formação o aluno começa a ser observado dando-se início a um trabalho de descrição de seu perfil. Inicia-se uma coleta de dados documentais e informações pessoais. Goffman define a primeira como identidade pessoal e a segunda como identidade social, esta preenchida pelas informações

sociais de suma importância para o desenvolvimento dos trabalhos de aprendizado dos indivíduos. Para Goffman:

“No estudo do estigma, a informação mais relevante tem determinadas propriedades. E uma informação sobre um indivíduo, sobre suas características mais ou menos permanentes, em oposição a estados de espírito, sentimentos ou intenções que ele poderia ter num certo momento. Essa informação, assim como o signo que a transmite, é reflexiva e corporificada, ou seja, é transmitida pela própria pessoa a quem se refere, através da expressão corporal na presença imediata daqueles que a recebem. Aqui, chamarei de “social” à informação que possui todas essas propriedades. Alguns signos que transmitem informação social podem ser acessíveis de forma frequente e regular, e buscados e recebidos habitualmente; esses signos podem ser chamados de “símbolos”. (GOFFMAN, 2004, p. 39).

Neste contato inicial começa a construção da biografia do indivíduo através de registros em um arquivo individual. Pontos fortes e fracos são levantados e inicia-se uma distribuição dos alunos em grupos de composição equilibrada em que os mais habilidosos convivem com os mais limitados para a estimulação destes. Goffman descreve com muita propriedade este início ao falar sobre a biografia:

“Quer a linha biográfica de um indivíduo esteja registrada nas mentes de seus amigos íntimos ou nos arquivos de pessoal de uma organização, e quer ele porte a documentação sobre sua identidade pessoal ou esta documentação esteja armazenada em arquivos, ele é uma entidade sobre a qual se pode estruturar uma história há um caderno a sua espera pronto para ser preenchido. Ele é, certamente, um objeto para biografia”. (GOFFMAN, 2004, p. 56).

Procura-se desde o princípio reduzir as diferenças buscando alcançar a maior homogeneidade possível, tendo como foco central chegar-se ao término da formação com todos os integrantes tendo atingido um nível mínimo aceitável de habilidades.

A resultante da utilização do estereótipo “7 n’s” é a reunião desses indivíduos em turmas durante o exercício que serão separadas do restante e executarão as atividades sob uma vigilância mais aproximada, gerando um fenômeno interessante de incentivo mútuo entre os integrantes, fortalecendo a vontade de superar a limitação comum e se verem livres da estigmatização. Obtém-se o efeito contrário do descrito em uma passagem da obra Estigma, em que Goffman descreve o episódio como alinhamentos intragrúpicos:

“Esse algo mais são os grupos, no sentido amplo de pessoas situadas numa posição semelhante, e isso é a única coisa que se pode esperar, já que o que um indivíduo é, ou poderia ser, deriva do lugar que ocupam os seus iguais na estrutura social. Um desses grupos é o agregado formado pelos companheiros de sofrimento do indivíduo. Os arautos desse grupo sustentam que o grupo real do indivíduo, o grupo a que ele pertence naturalmente, é esse. Todas as outras categorias e grupos aos quais o indivíduo também pertence necessariamente são, de modo implícito, considerados como não verdadeiros; ele, na realidade, não é um deles. O seu grupo real, então, é o agregado de pessoas que provavelmente terão de sofrer as mesmas privações que ele sofreu porque têm o mesmo estigma; seu “grupo” real, na verdade, é a categoria que pode servir para o descrédito”. (GOFFMAN, 2004, p. 97).

A prática observada na situação específica apresentada no presente trabalho é que o efeito é diverso do descrito por Goffman, pois, ao invés de contentarem-se com a limitação de não saberem nadar, o grupo reage à estigmatização e normalmente unem-se para, em um momento posterior, procurarem ajuda dos instrutores, iniciando o aprendizado da prática da natação. O incentivo mútuo dos indivíduos dentro do grupo segregado que buscam o alinhamento de suas habilidades com o restante da turma eleva o moral e facilita a superação do medo de água, sempre fortemente presente naqueles que não sabem nadar.

É essencial para o sucesso do aprendizado que todos os participantes do exercício tenham em mente que o uso do estereótipo tem a finalidade precípua de manter em segurança os inabilitados e que sirva de incentivo para que em um futuro próximo o grupo segregado seja desfeito e seus indivíduos integrados ao grupo dos “normais”. Goffman reflete bem a ideia quando trata do que chama de alinhamentos exgrupais, como segue:

“Recomenda-se ao indivíduo que se veja como um ser humano completo como qualquer outro, alguém que, na pior das hipóteses, é excluído daquilo que, em última análise, é apenas uma área da vida social. Ele não é um tipo ou uma categoria, mas um ser humano. Já que o seu mal não é nada em si mesmo, ele não deveria envergonhar-se dele ou de outros que o têm; nem se comprometer ao tentar ocultá-lo. Por outro lado, por meio de um esforço árduo e de um autotreinamento persistente, ele deveria preencher os padrões comuns tão completamente quanto possível, detendo-se apenas quando surge a questão da normificação; ou seja, quando os seus esforços podem dar a impressão de que ele está querendo negar a sua diferença”. (GOFFMAN, 2004, p. 99).

A motivação é o cerne da criação dos estereótipos na caserna. A definição encontrada no Dicionário Aurélio é a seguinte: Motivação – Ato ou efeito de motivar, exposição de motivos ou causas, conjunto de fatores, os quais agem entre si, e determinam a conduta de um

indivíduo (móbil+ções). Motivar – Dar motivo a, causar, despertar o interesse por (aula, atividade, etc.), ou de (alguém), incitar, mover, estimular. Motivo – causa razão, fim, intuito.

Procura-se impulsionar o indivíduo a buscar redefinir seus limites que certamente desconhece. Quando instado a suportar rigorosas condições o ser humano tende a superar barreiras e demonstrar força e habilidades que jamais imaginou possuir.

É imprescindível para a formação militar inculcar no indivíduo que ele é o primeiro e mais importante instrumento para o combate. O seu comportamento em uma situação de guerra será um fator decisivo para o sucesso ou fracasso da missão, inclusive colocando em risco seus companheiros de batalha. Logo, um treinamento exaustivo sob condições próximas à realidade da guerra, a manutenção de um moral elevado e a consciência de buscar sempre o aperfeiçoamento individual reduzem os riscos de um ataque de pânico ou comportamento irracional durante uma situação de extremo estresse.

Portanto, assim que detectada uma situação que gera medo no indivíduo, como o fato de não saber nadar, os instrutores e monitores deverão empreender esforços para eliminar a causa disponibilizando os meios necessários para que o aluno possa vencer suas limitações e superar o estigma dos “7 n’s”. Na definição de Dalgarrondo:

“O medo não é uma emoção patológica, mas algo universal dos animais superiores e do homem. O medo é um estado de progressiva insegurança e angústia, de impotência e invalidez crescentes, ante a impressão iminente de que sucederá algo que queríamos evitar e que progressivamente nos consideramos menos capazes de fazer”.
(DALGARRONDO, 2006, p. 109 apud ARAKAKI, 2014, p.21).

É fundamental na formação militar a busca pela redução de fatores que possam incrementar a possibilidade de ocorrência de comportamentos inesperados quando sob condições inóspitas e ambientes hostis que causam forte tensão. Entre estes fatores de risco indiscutivelmente encontra-se o medo.

2.4 Liderança

Outro atributo essencial a ser desenvolvido na formação militar é a liderança. O indivíduo deve ter ciência de que um dia irá comandar e para isso deverá convencer seus subordinados de sua capacidade operativa, coragem e determinação. O exemplo é o fator determinante para motivar a tropa a cumprir determinada missão. Segundo Kellet:

“Num levantamento feito entre infantas no teatro do Mediterrâneo em 1944 perguntou-se quais eram as características mais evidentes em oficiais que tinham conseguido inspirar confiança aos subordinados numa situação perigosa; 31% mencionaram o exemplo e a

coragem; 26% o encorajamento por intermédio de conversas, piadas e informações; 23% as demonstrações de preocupação pela segurança e bem-estar da tropa; e 5% a camaradagem e informalidade por parte dos oficiais". (KELLETT, 1987, p. 173).

Fica evidenciada a necessidade de transmitir aos formandos a imprescindibilidade da busca do aperfeiçoamento individual reduzindo suas limitações e incrementando suas habilidades para que estes possam tornar-se líderes militares respeitados e que sejam capazes de transmitir segurança aos seus comandados. Não saber nadar é uma limitação que poderá comprometer a imagem de um comandante perante a tropa e um sinal de que ao primeiro faltou força de vontade para vencer um obstáculo considerado não tão difícil. Como cobrar coragem e motivação para vencer as dificuldades se não através do próprio exemplo? No jargão militar diz-se que "a palavra convence e o exemplo arrasta".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A carreira militar inspira muitos jovens, homens e mulheres, que almejam seguir uma profissão dinâmica e permeada de desafios. A utilização de signos específicos dos militares como uniformes, distintivos e medalhas exerce um forte poder de atração sobre alguns indivíduos que alimentam o sonho de tornarem-se guerreiros honrados e respeitados pela sociedade. Porém, a busca pelo status dos altos cargos militares exige uma dedicação exclusiva e um preparo físico e psicológico diferenciado, atributos desenvolvidos na formação militar.

O presente trabalho teve como foco analisar o estigma, tratado na obra de mesmo nome de Erving Goffman, sob um aspecto diferente. Goffman contrapunha a ideia de prestígio ao de estigma, demonstrando uma visão deletéria deste último. Aqui a proposta é diversa, ou seja, tentar demonstrar que o estigma pode ser utilizado como fator de motivação para o indivíduo, em situações específicas, com propósitos bem definidos e utilização controlada.

O caso concreto explorado neste artigo é uma atividade de ensino para formação militar desenvolvida em um ambiente aquático. Os alunos que não sabem nadar são identificados com a utilização do gorro com a pala para trás e denominados de "7 n's", um estigma que terão que carregar até que resolvam essa limitação e possam ser integrados ao restante do grupo.

Muitos conceitos de Goffman foram utilizados para a explanação do problema como o desacreditado e o desacreditável, o encobrimento, o alinhamento intragrupal, o alinhamento exogrupal e a biografia. O intuito foi de verificar a possibilidade de se trabalhar o estigma como fator positivo para o aperfeiçoamento individual.

Não há registro de dados estatísticos que comprovem a eficácia do uso de estereótipos como fator de incremento para a motivação do indivíduo. Porém, na formação militar que exige um

autocontrole durante situações de estresse e requer habilidades específicas e preparo físico para operar em ambientes hostis, combater o medo e reduzir o risco do pânico em situações reais é um dos objetivos a serem perseguidos.

A liderança é outro atributo essencial dos militares. Conquistar a confiança dos subordinados é uma tarefa árdua e somente alcançada pelo exemplo. Exigir dos comandados atitudes que estão além da capacidade do próprio comandante militar é um contrassenso. Logo, apesar de parecer desmoralizante a utilização de estigmas para expor os indivíduos que não sabem nadar, o propósito nuclear é motivá-los a buscar ajuda para aperfeiçoarem-se e integrarem-se ao grupo, o que na prática tem se mostrado muito positivo, tanto para a instituição quanto para o indivíduo.

A sensação da vergonha inicial seguida do sentimento de segregação impacta sobre o moral do formando atingindo a autoestima. Através de outros incentivos e disponibilização de ajuda por parte dos demais integrantes da turma, monitores e instrutores, a estigmatização dos "7 n's" tem provocado uma injeção de ânimo, a busca pela ampliação dos próprios limites e notório incremento na motivação dos estereotipados.

REFERÊNCIAS

ARAKAKI, THIAGO YOSHIHARO. FATORES MOTIVACIONAIS NO COMBATE: UM ESTUDO SOBRE OS MILITARES BRASILEIROS NA MINUSTAH. RESENDE: AMAN, 2014. MONOGRAFIA.

FOUCAULT, MICHEL. VIGIAR E PUNIR: NASCIMENTO DA PRISÃO. TRAD. RAQUEL RAMALHETE. PETRÓPOLIS, RJ: VOZES, 2008.

GOFFMAN, ERVING. ESTIGMA – NOTAS SOBRE A MANIPULAÇÃO DA IDENTIDADE DETERIORADA. 4. ED. TRAD. MATHIAS LAMBERT. DIGITALIZAÇÃO: 2004.

KELLET, ANTHONY. MOTIVAÇÃO PARA O COMBATE: O COMPORTAMENTO DO SOLDADO NA LUTA. TRADUÇÃO DE DELCY G. DOUBRAWA. 2. ED. RIO DE JANEIRO: BIBLIEX, 1987. 384 P.

A DIALÉTICA DOS DIREITOS HUMANOS PERANTE O CLAMOR SOCIAL

*Vitor Almeida Ferreira*²⁷

Resumo: Pretende-se neste artigo abordar a forma como a violência se tornou intrínseca no ser humano, os tornando os próprios alvos da sociedade. Ademais, inquirir como a violência acompanha a sociedade nos dias atuais, mostrando que apesar da crescente evolução e garantias nas leis, ainda ocorre o clamor pela perseguição, ao apedrejamento, espancamento e, não raro, ao extermínio dos acusados. Estes ataques que muitas vezes são feitos injustamente, tornando o Brasil um dos países que mais lincham no mundo. Não obstante, mostrar como ocorre a dialética dos Direitos humanos, tornando o ódio o principal mecanismo de justiça e reprimenda social. Assim, averiguando como o direito penal paralelo se tornou autoritário, pessoalizado, desigual e excludente com os réus, tornando a justiça uma engrenagem tendenciosa. Em vista disso, expor que essa se torna a pior maneira de combater os delitos cotidianos, averiguando como as pessoas vem constantemente se tornando apenas "cidadãos de papel", dando espaço a coisificação, ou seja, transformação do ser em mercadoria

Palavras-chave: Justiça popular. Direitos humanos. Violência. Poder. Tribunal.

Abstract: This article aims to approach the way violence became intrinsic in the human being, turning them into society's tormenter. In addition, it also aims to inquire how violence goes along society nowadays, exposing that despite the growing evolution and guarantees in laws, still endures the outcry for persecution, stoning, relaunch and also commonly the accused's murder. This attacks are almost ever unfairly done, which make Brazil one of the top lynching countries in the world. In contrast, this very article also intends to show how the dialectics of human rights work, making hate justice's main mechanism and social rebuke. This way, it expose how this becomes the worst way to face daily crime, finding out how people are turning into "paper citizens", opening a space to make people a "thing" before the state, turning the being in merchandise.

Keywords: Popular justice. Human rights. Violence. Power. Court.

²⁷ Graduando em Direito pela UNINABUCO (Centro Universitário Joaquim Nabuco). Email: almeidavitor35@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757, a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris, aonde devia ser levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; em seguida, na dita carroça, na praça de Grève, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. Finalmente foi esquartejado [relata a Gazette d'Amsterdam]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas. Afirma-se que, embora ele sempre tivesse sido um grande praguejador, nenhuma blasfêmia lhe escapou dos lábios; apenas as dores excessivas faziam-no dar gritos horríveis, e muitas vezes repetia: 'Meus Deus, tende piedade de mim; Jesus, socorrei-me. (FOUCAULT, 1978, p.8).

Narrada por Michel Foucault na sua obra vigiar e punir, tal execução ocorre no ano de 1757, mostrando o estado de barbárie da época, que tinha o intuito de mostrar a todos as penas aplicadas com a intenção de disseminar o medo, mesmo existindo movimentos que tendem a expurgar o passado de violência da sociedade, com base nos princípios e garantias adquiridos no decorrer do tempo, ainda é notório que a violência faz parte do cotidiano da sociedade. As penas descritas eram utilizadas durante o tempo medieval como meio de punir os infratores, caracterizando-se pela espetacularização do corpo e sua "docilização", tais corpos dóceis sendo efeito real de uma sociedade disciplinadora que produz indivíduos seriados, pelos quais os meios inescrupulosos eram vistos como a melhor forma para manter o contrato social e reprimir os futuros delitos.

Os intuitos dessas penas não eram apenas pautados na crueldade, como também tinha o caráter de propagador do medo para que toda população pudesse ver com seus próprios olhos as penas aplicadas. Esse instituto do medo permanece disfarçado na contemporaneidade através dos linchamentos, pois tornou-se uma herança cultural oculta, na qual a partir do momento que os bens jurídicos se tornam ameaçados, faz-se ressurgir o justicamento popular, para que se evite a "anomalia" social. Assim então, o linchado se torna o bode expiatório da sociedade tanto nos tempos longínquo, como também atualmente.

Não obstante, no que se concerne ao Brasil, a utilização do ódio e os resquícios da violência foram muito presentes no tempo colonial, já que os capitães do mato se utilizavam da violência física como forma de punir os escravos, que muitas vezes tinham seus membros decapitados e utilizados nas excursões pelo mato com o intuito de buscar os escravos fujões, essas partes eram colocadas em caixas madeiras, como uma forma de repreensão aos escravos da fazenda e aqueles que fugiam da casa grande, mostrando as possíveis consequências para quem desobedecesse as regras estabelecidas .

Hodiernamente, O homem dito moderno, ainda perpetua a mentalidade de tutor de seu bem jurídico, e o Estado neste caso possui um papel subsidiário nulo. O que vem ocorrendo é uma desagregação social e o Estado encontra-se em correlata contenda com a justiça paralela, pela qual se tornou gratuita e arbitrária, pelas quais vem crescendo drasticamente pelo fato de a insegurança aumentar progressivamente e a confiança depositada no Estado dão lugar a incerteza. Entretanto, o que suscitabiliza é o fato de as penas ainda serem aplicadas no meio cotidiano como forma de punição, porque antigamente elas estavam atreladas ao fato de um poder absolutista ser soberano e as crenças da sociedade, mas em um Estado de Direitos, essas medidas se tornaram inadmissíveis.

O intuito aqui estabelecido será mostrar que a distribuição do ódio e a herança oculta se tornou gratuita e desmedida, a vida se tornou banal perante os julgadores populares, apesar das constantes garantias conquistadas. O presente trabalho se propõe a trazer um panorama social e histórico dessa violência que vem decorrendo no tempo. Mostrando assim que a vingança não possui mais teor absolutista, mas racial, religioso e social. Vale salientar que no decorrer do texto usarei o termo "acusado", para designar o linchado da população, isso é devido ao fato do direito garantir o princípio "In dubio pro reo", assim como nada foi provado e sentenciado, me eximirei de praticar uma acusação arbitrária.

1. O ÓDIO NO BRASIL: OS ESCRAVOS MANSOS E ARREDIOS

Quando os europeus se estabeleceram no continente, trouxeram mais que suas instituições, mas também a sua religião, e impuseram seu rei e suas leis. Período esse muito conturbado, pois os habitantes do estado-nação que veio a ser chamado Brasil continuaram a diferir dos europeus. Paralelamente, estes incorporaram elementos nativos e adaptaram suas leis e costumes, o que resultou no surgimento de uma "cultura própria". Um Brasil que engloba até hoje vários outros "Brasis". Que no final do século XVIII, ainda era segundo o provérbio do jesuíta Antonil (1711), O Brasil é o inferno dos negros, purgatório dos brancos e paraíso dos mulatos e das mulatas.

Essa Ainda era a realidade brasileira presente, todos permeados pelo escravismo, brutalidade física e moral, sob olhar vigilante dos senhores de engenho, marcada por uma "legislação" autoritária e punitiva. No final do Século XVIII, o núcleo colonial luso contava com

proximamente 4 milhões de habitantes espalhados em vilas e cidades. A economia era baseada nas descobertas de ouro em Minas Gerais e do núcleo açucareiro. Pelas quais a violência colonial era devida a grande parte da presença de escravidão em todas as atividades. Eram comuns os escravos serem brutalizados como animais, podendo ser vendido e punido a qualquer momento por mero capricho do senhor ou capataz.

A vida destes escravos era sórdida, desumana e curta. As fugas, levantes e castigos eram frequentes. Os senhores se achavam a "nobreza da terra", tudo isto reflexo dos valores da nobreza Europeia. Ademais, esse ideário refletia nas Casas-grandes, pois as mesmas procuravam reproduzir os valores da nobiliarquia. Em contrapartida, os escravos eram alocados nas senzalas, habitações precárias na colônia. Onde a justiça era exercida por toda uma gama de funcionários a serviço do rei. Se tornando a violência, a coerção e arbitrariedade as principais características.

O "Jurisconsulto" da época era o Capitão-mor encarregado de punir os criminosos e prevenir infrações. As condutas utilizadas para prevenir e romper as revoltas era prisões arbitrárias e pena de morte. As penas mais rigorosas eram costumeiramente aplicadas a população mais pobre da colônia. Sendo o tronco o mais cruel castigo, pois o indivíduo tinha a roupa arrancada e era preso por algemas e corrente em um tronco reto de pouco mais de 2M de altura. A partir daí uma "plateia" se formava em torno do espetáculo. O escravo então era punido com 20 até 100 chicotadas, muitos morriam e os que sobreviviam eram obrigados a banhar-se na salmoura (banheira composta de água e sal), para acelerar a cicatrização e voltar a trabalhar em seguida.

Desse modo, é notório que a docilização é um processo contínuo e crescente na sociedade, perpetuando-se no decorrer do tempo. Porém, nesse ínterim, percebeu-se que a mutualidade das penas não era a melhor forma de punir o acusado, começou a ocorrer protestos contra os suplícios em toda parte no século XVIII: entre os filósofos e teóricos do direito. As penas deviam ser moderadas e proporcionais aos delitos, que a pena de morte não fosse imputada contra os culpados e que fossem abolidos os suplícios que revoltam a humanidade.

2. CIDADÃOS DE PAPEL: O FALSO STATUS DE CIDADANIA

A cidadania é um status concedido àqueles que são membros integrais da comunidade. Na qual compreende o conjunto de direitos e deveres exercidos por um indivíduo que vive na sociedade. Assim, o cidadão deve atuar em benefício da coletividade, bem como o Estado deve garantir-lhe os direitos básicos à vida, moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, trabalho, entre outros. Contudo, as garantias constitucionais não foram suficientes para garantir direitos plenos a todos os cidadãos, na prática ainda há muito que se fazer para que direitos e deveres sejam os mesmos para todos.

Como esclarece Bobbio (2004, p.34): "Essa universalidade [...] na atribuição e no eventual gozo dos direitos de liberdade não vale para os direitos sociais, e nem mesmo para os direitos políticos, diante dos quais os indivíduos são iguais só genericamente, mas não especificamente". Entretanto, a igualdade perante a lei não é factível a todos. Os direitos estão impostos, mas os remédios jurídicos estão muitas vezes longe do alcance de todos.

O cidadão possui apenas um pseudo status de cidadania, por isso muitas vezes age com seus próprios meios para resolver suas lides, já que a degradação do Estado perante o status e garantias concedidas aos cidadãos vem dando espaço a incerteza e insegurança em face do Governo, assim a descrença nesses direitos plenos inerentes faz surgir o estado de caos, pois as garantias converter-se em um rol exemplificativos, que gradativamente concede espaço a uma ascensão de uma justiça paralela, ou seja, a justiça do povo, aquela que resolve seus problemas sem a intervenção do judiciário e muito menos leva em conta os princípios e direitos conquistados no decorrer dos anos.

Nesse contexto, os linchadores deixam o status de cidadão e aderem as noções dos grupos que ressurgem as ideias de uma sociedade pautada na força e arbitrariedade. Renascendo o sentimento presente nos ensinamentos de Milton Santos (2013, p.82): "Cabem, pelo menos, duas perguntas em um país onde a figura do cidadão é tão esquecida. Quantos habitantes, no Brasil, são cidadãos? Quantos nem sequer sabem que não o são?". Assim, os ditos cidadãos estão à mercê da própria sorte, perante um Estado que não garante direitos de fato a todos e cria um sistema cada vez mais pessoalizado, excludente e estratificado e a descrença no Estado ressurgem o espírito de violência de outrora.

O linchamento funciona como um mecanismo de reafirmação do poder e os linchadores tentam restaurar as normas como forma de manter vigente o contrato social, como esclarece Lídio de Souza (1999, p.330): "Pode-se depreender daí que quando identificamos o florescimento de práticas marginais significa que o sistema, que deveria ser detentor do monopólio sobre a violência final, está sendo incapaz de controlar a escalada de vingança". Nessa senda, a justiça popular não pode ser invocada de forma alguma, pois a mesma rompe totalmente com o Estado democrático, representando a destruição anômica da sociedade e com os fundamentos constitucionais, tais como o de cidadania, a dignidade da pessoa humana, valores sociais, a construção uma sociedade livre, justa e solidária, promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Visto que, mesmo que as instituições responsáveis pela ordem social estejam negligentes perante a violência e as garantias, na realidade, isto significa, transferir para membros da comunidade o poder de julgar e punir.

3. O CORPO SOCIAL: O PARADIGMA DE JUSTIÇA

O corpo do linchado assume o caráter de um corpo social, ou seja, o corpo do povo. O fato de o mesmo desviar-se das condutas morais aceitas e seguida da sociedade, faz surgir a falsa ideia de um direito legítimo sobre a disposição das penalidades que deverão ser impostas ao acusado. Esse que não tem direito ao processo legal, ao contraditório e muito menos a ampla defesa, já que a sociedade pratica seus atos ao bel prazer, pois se acha legitimada como “cidadã” em manter as regras impostas e reger sobre as leis da forma como bem entender.

As condutas praticadas são as mais barbáries possíveis, dado que é necessário criar a perversão moral aos futuros possíveis infratores e aplicar penas que sejam vistas como forma de uma justiça célere perante os fatos. Os rituais funcionam como uma espécie de desumanização do corpo perante aquele que infringe as normas comunitárias e a eliminação do corpo funciona simbolicamente como a ruptura do mal diante dos fatos, motivadas pelo antigo adágio popular do “pega-ladrão”. As penas aplicadas ao corpo do acusado constituem uma forma da população apresentar justiça perante os fatos cometidos, contudo os atos são meramente vingativos, de acordo com José Martins os linchamentos possuem um ritual básico:

O linchamento geralmente começa com a busca e perseguição do criminoso, desdobra-se nas pedradas, nas pauladas, no espancamento, e segue até à mutilação física (como arrancar os olhos ou extirpar o pênis) e a queima do corpo, mesmo ainda vivo, quando o ciclo inteiro do linchamento típico no Brasil é levado em conta pelos linchadores. Na verdade, o conjunto do linchamento típico é um ato de crueldade coletiva, inspirado numa concepção de vingança. (SOUZA, 2015, p. 97)

Assim, o primeiro sentimento presente nos linchadores é o de onipotência, dado que existe a ideia de impunidade arraigada na sociedade perante as instituições incumbidas pela garantia da justiça (Judiciário e a Polícia). Em segundo plano, os mesmos acham a causa justa e moral, resultante do sentimento anterior, já que as instituições responsáveis pelos controles das normas, teoricamente e socialmente permanecem nulas. Assim, o tempo do judiciário na resolução dos processos, não é o mesmo tempo da sociedade, que demanda as coisas de maneira imediatista.

4. A MEDIATIZAÇÃO DO LINCHAMENTO

Os meios de comunicação exercem um grande poder perante a sociedade, estando como um importante meio de difusão de informações e construção de opiniões populares. No Brasil, esses meios exercem de maneira conotativa o 4º poder, ou seja, funcionam como uma influência não só na sociedade, como também quanto ao Três Poderes nomeados como

democrático (Legislativo, Executivo e Judiciário). Operando, desta forma, como uma verdadeira força social institucional, diante das entidades sociais e políticas.

A maneira como alguns veículos de comunicação trata a violência vem se tornando banal, convertendo os crimes como algo normal hodiernamente. Pois, mostram e opinam sobre os casos ocorridos, e isto acaba gerando um tipo de apoio, criando uma duvidosa identidade de justiça e surgindo uma guerra civil disfarçada. Já que, a violência se torna manchete nos telejornais, contribuindo para difusão da mentalidade repressiva nos cidadãos.

Assim, um mero retrato falado divulgado pela mídia faz surgir a ideia de buscar incessante da população, contribuindo para a propagação de informações que costumeiramente falsas e inconsistentes em busca do acusado, já que nos casos de linchamento não se busca averiguar qualquer tipo de prova sobre os fatos, vindo a convir apenas a ideia de justiça legítima, criando assim uma verdadeira caçada, tanto policial quanto comunitária aos delinquentes.

Um dos casos aconteceu no Guarujá, no litoral de São Paulo, após ser confundida com uma hipotética sequestradora de crianças que praticava magia negra, Fabiane Maria de Jesus, foi espancada até a morte.²⁸ Resultado de um retrato falado divulgado em diversos meios de comunicação, e as consequências da justiça paralela sobressaiu sobre a mesma, que pagou com a própria vida. No entanto, descobriu-se posteriormente que Fabiana era inocente.

O poder da informação se tornou uma faca de dois gumes, possuindo tanto o poder de ajudar a informar, ou então, de propagar informações falsas e provocar injustiça como a citada. Destarte, o caso de Fabiana Maria certamente não é o primeiro, muito menos será o último. Desse modo, os meios de comunicação de massa têm o dever de elevar o patamar civilizatório da sociedade, mostrando que existe outras formas de resolução da lide, e não propiciar a violência gratuita, onde a desigualdade social, o desrespeito aos direitos humanos e o preconceito, gerem uma espécie de naturalização do mal.

5. ERRÔNEA HERANÇA CULTURAL: QUANDO O PROBLEMA É A COR

Quando a sociedade vivencia um ato de violência, ocorre uma quebra no paradigma social, dando espaço para a ocorrência de novos casos, pelos quais se tornam cada vez mais perversos e cruéis. O fato de todo o processo histórico brasileiro ser baseado na escravatura, acaba dando espaço para tal ruptura. Pretendendo-se construir com o linchamento, o "conserto" do indivíduo e colocá-lo em uma sociedade imaginada, totalmente utópica e vingativa.

Ainda se torna visível que a predisposição para bater no "negrinho", é bem maior, do que para linchar um branco. Como afirma José Martins:

28 <http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-morta-apos-boato-em-rede-social-e-enterrada-nao-vou-aguardar.html>
Acesso : 17 de setembro de 2018.

mas, em boa parte, a reação diferencial dos linchadores em relação a vítima negras e vítimas brancas ainda reflete a concepção difundida de que direitos iguais para os negros são imerecidos, expressão da concepção antiga de que transgredir é da índole do negro, o que é concepção característica do persistente preconceito racial no Brasil (Martins, 2015, p.99).

Apesar dos avanços ainda se lincha pelos mesmos motivos do Século XVI ao XIX. As agressões desta época tinham um claro teor racial, praticado contra negro ou contra brancos que protegiam os mesmos. O ódio que se dissemina hoje, têm teor racista e social. Uma bagagem cultural pela qual influi na hora da decisão do julgamento popular. Desta forma, Toda esta violência é o reflexo de mentes conservadoras que se imortalizaram no tempo. As cidades, cada vez mais, recebem, mas não acolhem esses sujeitos, tendendo assim a marginalizá-lo.

6. A DIALÉTICA DA JUSTIÇA

A primeira sensação do linchador é a de impunidade, o fato do crime não apresentar uma tipificação para os crimes coletivos, muito menos a definição de como puni-lo. Os agressores acreditam estarem legitimados para o cometimento de tais atos. Não obstante, o segundo óbice é o fato de não se encontrar provas, ou seja, testemunhas que sejam capazes de relatar os fatos e levar a termo, já que se trata de crime contra a pessoa. Isso decorre pelo episódio acontecer em comunidades próximas e a maioria das pessoas se conhecerem, o fato de "dedurar" o linchador, é um auto sentenciamento para ser linchado.

Esse violento mecanismo de controle social é uma forma de construção, ou melhor, reconstrução dos valores sociais, como afirma José martins (2002, p. 27) :“a vingança é uma forma de exclusão e de rejeição dos indesejáveis e do que eles representam enquanto agentes de uma concepção de sociedade que contraria a dominante e contraria direitos dos por ele vitimados”. Visto que ainda possuímos valores coloniais e grande parte da sociedade ainda perpetua a ideia que “bandido bom é bandido morto”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do acima exposto, é evidente que a sociedade ainda adere a violência como a principal forma de coerção social, porque descredita nas instituições como um agente mantedor de poder e garantidor de direitos, essa descrença faz nascer um estado de caos de todos contra todos, como diria Thomas hobbes “o homem é lobo do homem”, pois é capaz de transfigurar-se em um animal selvagem para o cometimento de atrocidades contra sua própria espécie.

Não obstante, é notório que a sociedade ainda mantém a colonização do pensamento, ou seja, a ideia de dominador e dominado, a comunidade nesse caso tornar-se os jagunços e os acusados pelo cometimento dos delitos, são os negros fujão do período colonial. Essa ideia ainda é constante, pois o Brasil velho não deu espaço para um país com ideias novas, apesar da pluralidade cultural e da intensa miscigenação ainda é comum ideias racistas e uma sociedade totalmente estratificada.

Como reflete Paulo Freire (1994) “Quando a educação não é libertadora, o sonho do oprimido é ser o opressor”. Isto é, as circunstâncias de uma sociedade colonial é revérbero de uma educação de opressão, pela qual é necessário manter a ordem, mesmo que signifique a opressão de outrem e que seja necessário a utilização da violência para validar a opressão. O opressor sendo o desumanizado, pois impõem as regras ao oprimido na busca pela concretude do seu poder.

Ademais, a mídia atua como uma grande contribuidora para o cenário de violência, em razão de trazer constantemente a ideia de uma justiça lenta e imparcial. Que humaniza cada vez mais o acusado e tira a cada dia a dignidade do cidadão, tais concepções circulam em zonas periféricas, nas quais são os principais alvos desse gênero jornalístico e acaba fortalecendo o ideário de justiça popular.

Portanto, o principal caminho para combater os linchamentos cotidianos e aniquilar a ideia de impunidade presente no ideário da população, promovendo informações adequadas sobre as punições aplicadas ao caso concreto. É necessário tratar os casos com seriedade, tendo em vista o nascimento de um Estado de caos, pois dar a população o poder de julgar é um perigo real a democracia. Porquanto, deve-se defender o Estado democrático de direito, como também assegurar os direitos e garantias dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

MARTINS, JOSÉ DE SOUZA. LINCHAMENTOS: JUSTIÇA POPULAR NO BRASIL/ JOSÉ DE SOUZA MARTINS. 2 ED. - SÃO PAULO: CONTEXTO, 2015.

BOBBIO, NORBERTO, 1909- A ERA DOS DIREITOS/ NORBERTO BOBBIO; TRADUÇÃO CARLOS NELSON COUTINHO; APRESENTAÇÃO DE CELSO LAFER. - NOVA ED. - RIO DE JANEIRO: ELSEVIER, 2004. - 7º REIMPRESSÃO.

FOUCAULT, MICHEL. VIGIAR E PUNIR: NASCIMENTO DA PRISÃO; TRADUÇÃO DE RAQUEL RAMALHETE. PETRÓPOLIS, VOZES, 1987. 288P.

SINHORETTO, JACQUELINE. OS JUSTIÇADORES E SUA JUSTIÇA: LINCHAMENTOS, COSTUME E CONFLITO. SÃO PAULO: IBCCRIM, 2002.

SOUZA, LÍDIO. O JUDICIÁRIO E EXCLUSÃO: O LINCHAMENTO COMO MECANISMO DE REAFIRMAÇÃO DO PODER. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.SCIELO.MEC.PT/PDF/APS/V17N2/V17N2A09.PDF](http://www.scielo.mec.pt/pdf/aps/v17n2/v17n2a09.pdf). ACESSO EM 28 DE SETEMBRO DE 2018.

SANTOS, MILTON. O ESPAÇO DA CIDADANIA E OUTRAS REFLEXÕES / MILTON SANTOS; ORGANIZADO POR ELISIANE DA SILVA; GERVÁSIO RODRIGO NEVES; LIANA BACH MARTINS. – PORTO ALEGRE: FUNDAÇÃO ULYSSES GUIMARÃES, 2011. (COLEÇÃO O PENSAMENTO POLÍTICO BRASILEIRO; V.3).

BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. BRASÍLIA, DF: SENADO FEDERAL: CENTRO GRÁFICO, 1988.

PÁGINA “GUARUJÁ ALERTA” NO FACEBOOK. DISPONÍVEL EM: <[HTTPS://WWW.FACEBOOK.COM/GUARUJAALERTA?FREF=TS](https://www.facebook.com/GUARUJAALERTA?fref=ts)>. ACESSO EM: 28 DE SETEMBRO DE 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.DUDH.ORG.BR/DECLARACAO/](http://www.dudh.org.br/declaracao/)>. ACESSO EM: 28 DE SETEMBRO DE 2018.

LAROYÊ, EXU²⁹

OU

O ENCONTRO ENTRE PEDAGOGIA E DIREITO AFRICANO

*José Diêgo Leite Santana*³⁰

Resumo: Conhecido por sua irreverência, Exu, deus iorubano, representa a capacidade de justiça e de comunicação. Uma de suas marcas míticas, produtora de sentidos e produções epistemológicas, é ser o portador das orientações e ordens. Ele cumpre a função de levar aos homens e às mulheres as leis e ordenanças dos/as outros/as orixás. Na análise mitológica dessa marca, pode-se pensar o direito africano e os processos ontológicos desse direito como construção social ligada às narrativas teológicas e produto, também, das conquistas de libertação. Ora, as sociedades africanas baseiam-se em estruturas politeístas do pensamento teológico que influenciam diretamente a cultura, a política, a economia e o próprio direito. A dimensão politeísta e animista se dilui em pluralidade de forças que compõem a regulamentação social, expressando-se também no direito africano. Para além da acirrada discussão da existência ou não do direito africano, a perspectiva metodológica do estudo em questão, não pretende entrar nesse campo discursivo, mas atravessar os sentidos pedagógicos do direito africano, que é fundamentado na agenda de emancipação, libertação e luta como sentenças da existência do sujeito africano. A pesquisa apresenta como problema orientador: quais os principais sentidos pedagógicos que emergem do direito africano? Como objetivo geral o trabalho se propõe a conhecer os principais sentidos pedagógicos do direito africano. São estabelecidos como objetivos específicos conceituar as pedagogias africanas e discutir as bases filosóficas do direito africano. Tratando-se de pesquisa qualitativa, que busca os sentidos que emergem dos fenômenos, a construção teórico-metodológico fará uso inicial da revisão bibliográfica para construção do marco teórico e da afrocentricidade como aporte metodológico para discussão dos dados. Sabendo-se que o direito africano, pautado essencialmente na luta por emancipação, apresenta marcas indeléveis de uma pedagogia

²⁹ Exu é o orixá africano que simboliza a circularidade e aspecto sagrado da palavra. Seu nome pode ser interpretado por esfera. Segundo a crença, sendo eterno, Exu não tem começo e nem fim. Ele é o mensageiro entre os orixás e os homens e mulheres. Dos orixás, ele traz mensagens para seus filhos e filhas; para os oxirás, ele leva pedidos e oferendas dos seres humanos. A palavra é uma dádiva dos orixás para os humanos, portanto, criadora e fonte de inspiração e verdade. Exu é também conhecido por ser um contador de histórias, sendo responsável pela comunicação. Sua energia pode abrir ou fechar caminhos, tudo depende da forma como ele é tratado. Seu sentido mítico com o direito se dá por ele ser “portador das orientações e ordens” (PRANDI, 2001, p.50). Sua saudação, Laoryê, Exu, significa o bem falante, o comunicador.

³⁰ Mestrando em Educação Contemporânea pelo Programa de Educação Contemporânea – PPGEduc, Universidade Federal de Pernambuco – UFPE/CAA, e-mail: dijo.santana@hotmail.com.

voltada para a libertação humana. O estudo vem mostrando que essa pedagogia pode ser compreendida como idiosincrasia do direito africano.

Palavras-chave: Direito africano. Pedagogia de luta. Emancipação.

Resumen: Conocido por su irreverencia, Exu, dios yorubano, representa la capacidad de justicia y de comunicación. Una de sus marcas míticas, productora de sentidos y producciones epistemológicas, es ser el portador de las orientaciones y órdenes. Él cumple la función de llevar a los hombres ya las mujeres las leyes y ordenanzas de los demás / las orixás. En el análisis mitológico de esa marca, se puede pensar el derecho africano y los procesos ontológicos de ese derecho como construcción social ligada a las narrativas teológicas y producto, también, de las conquistas de liberación. Ahora bien, las sociedades africanas se basan en estructuras politeístas del pensamiento teológico que influyen directamente la cultura, la política, la economía y el propio derecho. La dimensión politeísta y animista se diluye en pluralidad de fuerzas que componen la regulación social, expresándose también en el derecho africano. La perspectiva metodológica del estudio en cuestión, no pretende entrar en ese campo discursivo, sino atravesar los sentidos pedagógicos del derecho africano, que está fundamentado en la agenda de emancipación, liberación y lucha como sentencias de la existencia del sujeto africano. La investigación presenta como problema orientador: ¿cuáles son los principales sentidos pedagógicos que emergen del derecho africano? Como objetivo general el trabajo se propone a conocer los principales sentidos pedagógicos del derecho africano. Se establecen como objetivos específicos conceptualizar las pedagogías africanas y discutir las bases filosóficas del derecho africano. La construcción teórico-metodológica hará uso inicial de la revisión bibliográfica para la construcción del marco teórico y de la afrocentricidad, como aporte metodológico para la discusión de los datos, tratando de una investigación cualitativa, que busca los sentidos que emergen de los fenómenos, la construcción teórico-metodológica hará uso inicial de la revisión bibliográfica para la construcción del marco teórico y de la afrocentricidad. Sabiendo que el derecho africano, pautado esencialmente en la lucha por emancipación, presenta marcas indelebles de una pedagogía orientada hacia la liberación humana. El estudio viene mostrando que esa pedagogía puede ser comprendida como idiosincrasia del derecho africano.

Palabras-clave: Derecho africano. Pedagogía de lucha. Emancipación.

INTRODUÇÃO

Os mitos têm a capacidade de comunicar e expressar sentidos construídos socialmente, de forma que ao se ler as narrativas míticas, é possível compreender a criação cultural e social de um povo. O mito de Exu, para o pensamento pedagógico africano e o direito africano apresenta-se como um sinal de discussão entre esses campos do conhecimento, pois a realidade mítica coloca em evidência a necessidade de aproximar tanto os sentidos de luta, como os domínios das ordens existentes.

A história contada a partir do paradigma europeu acabou por invisibilizar as produções de conhecimento em África e por criar uma imagem de um território desprovido de capacidade intelectual, filosófica, política, econômica, cultural e religiosa. A educação foi produzida como invisível, entretanto, as narrativas afrocentradas concebem o pensamento pedagógico africano como um importante constructo epistemológico nascido das demandas sociais e do cotidiano.

O direito africano como conhecimento que também nasce dos costumes, do cotidiano e das visões de mundo dos(as) africanos(as), torna-se outra produção de conhecimento capaz de possibilitar outras releituras dos sujeitos africanos, contribuindo, em sua hermenêutica afrocentrada, para a compreensão das liberdades e da emancipação.

Da relação entre as pedagogias africanas e o direito africano surge, então o seguinte problema de pesquisa: quais os principais sentidos pedagógicos que emergem do direito africano? Como objetivo geral, o trabalho se propõe a conhecer os principais sentidos pedagógicos do direito africano. São estabelecidos como objetivos específicos conceituar o pensamento pedagógico africano e discutir as bases filosóficas do direito africano.

1.1 Pedagogias africanas: da luta à liberdade.

A visão negativa sobre a África e suas produções de conhecimento que vigorou muito tempo na sociedade brasileira foi fruto das fontes bibliográficas carregadas do racismo epistemológico. Wedderburn (2005) fala da retroalimentação, onde se reinsere nas produções acadêmicas contemporâneas as teorias desacreditadas. Não é incomum que a maioria dos estudos sobre a África esteja fundamentado em profundos preconceitos sobre a África e seus povos e civilizações.

As ideias eurocêntricas sobre o continente africano tem sido produzidas no sentido de defender uma África onde suas sociedades não possuem história. Hegel *apud* Oliva (2003, p. 439) diz que “aquilo que entendemos precisamente sobre África é o espírito a-histórico, o espírito não desenvolvido, ainda envolto em condições de natural e que deve ser aqui apresentado apenas como no limiar da história da mundo”. De igual modo, Trevor-Hoper (*apud* OLIVA, 2003, p. 438) afirmou que “pode ser que, no futuro, haja uma história de África

para ser ensinada. No presente, porém, ela não existe; o que existe é a história dos europeus na África. O resto são trevas [...] e as trevas não constituem tema de história”.

A Europa passa a ser então, o centro de produção de conhecimento sobre África. Desse modo, há um deslocamento epistêmico, onde a África seria incapaz de produzir sua própria história e seus conhecimentos. Nas produções europeias, África é a ausência de história, é a natureza em seu estado mais primitivo, diferente dos territórios civilizados, evoluídos e guiados pela racionalidade.

Oliva (2003) mostra que a suposta superioridade europeia sobre o mundo é exercida tomando-se o caso africano. O homem branco europeu entra para a história como o grande sacrifício humanitário; ele passa a ser o herói das narrativas que colocam a Europa como responsável por levar a civilização aos povos atrasados do mundo. É assim que a anterioridade branco-europeia é posta como paradigma epistêmico. Essa ideia diz que a cultura material e imaterial africana advém de culturas externas, de modo que África não fora produtora de suas criações.

A educação em África também fora produzida a partir da compreensão europeia, sendo que o pensamento pedagógico africano é posto como inexistente, recebendo, quando existe, influência europeia. Trata-se, portanto, da colonialidade (QUIJANO, 2010), pensada como a negação da humanidade dos sujeitos subalternizados. A colonialidade é a grande razão para o escravismo, sendo o eurocentrismo

[...] uma metáfora para descrever a colonialidade do poder, na perspectiva da subalternidade. Da perspectiva epistemológica, o saber e as histórias locais europeias foram vistos como projetos globais, desde o sonho de um Orbis universalis christianus até a crença de Hegel em uma história universal, narrada de uma perspectiva que situa a Europa como ponto de referência e de chegada (MIGNOLO, 2003, p. 41).

É assim que as produções de conhecimento e as epistemologias africanas ligadas ao pensamento pedagógico são postas como inexistentes. Para superar a colonialidade e suas graves consequências, o próprio pensamento pedagógico africano tornou-se fundamentado em propostas de enfrentamento aos projetos epistêmicos europeus.

A coexistência de diferentes epistemes que se desdobram no movimento da emancipação de todos e todas é uma centralidade do pensamento pedagógico africano, denunciando a colonialidade do saber e, ao conhecer as produções epistêmicas que foram invisibilizadas e hierarquizadas, coloca a colonialidade do poder ponto de discussão na perspectiva dos (as) subalternizados (as).

O pensamento pedagógico africano atravessa as experiências e as narrativas de colonialidade como um território discursivo europeu, mas que agora é ocupado pelas experiências e sentir africano. Nesta perspectiva, as epistemologias hegemônicas são enfrentadas através do sentir, pois é esta dimensão que consegue afetar o mundo e as

realidades postas. Oyèrónkè Oyèwùmí (1990) propõe uma leitura do mundo a partir das sensações e percepções, de um corpo que é capaz de produzir os sentidos da realidade e de descrever as variadas concepções de mundo.

Torna-se fundamental o papel das lutas dos povos subalternizados em África para a construção de narrativas outras que não sejam sobre África, mas que compreenda desde África. Esta inversão e deslocamento epistemológico possibilitar outras formas de pensar o outro, assim como outras formas de se relacionar com o outro. Pensando a partir das lutas, o que se pretende é o engajamento político e filosófico contra a não existência, tanto quanto a abertura às novas narrativas e construção de outras relações que objetivem a emancipação e a liberdade humanas.

1.2 Fundamentos filosóficos do direito africano.

Quanto ao termo direito africano, as discussões jurídicas há muito tempo se debruçam sobre este conceito, dada a imensidão do continente e por desdobramentos os sistemas jurídicos diversos dos Estados soberanos africanos. Independente da perspectiva epistemológica que se adote, a situação fatídica é de que os juristas africanistas, embora diante de algumas críticas quanto à generalidade do termo, recomendam não utilizar este conceito como sinônimo das leis indígenas ou tradicionais africanas (MENSAL-BROWN, 1976).

De forma mais abrangente, o direito africano irá compreender: 1. as instituições jurídicas indígenas e as formas remanescentes que são válidas nas nações africanas; 2. as leis religiosas e de origem semelhante que são reconhecidas pelo Estado e, portanto, legais; 3. as instituições e sistemas de ordem legal e jurídica introduzidos através dos poderes coloniais e que continuam válidas nos Estados como herança colonial; 4. as leis e decretos dos Estados independentes africanos, que são expressões de soberania (MENSAL-BROWN, 1976).

Foi criada a ideia de que o direito em África tem *status* de costumeiro, ou seja, que o direito africano advém apenas dos costumes e das denominadas leis nativas – vale ressaltar que assim foram chamadas para distinguir-se das leis das potências coloniais introduzidas no continente no projeto colonial (ANJOS, 2009). Decorrente deste fato, a existência do direito africano foi posta em dúvida pela identidade dos povos africanos com as normas não-legisladas.

Que isso quer dizer? O povo africano produziu o seu direito sem interferência estatal das potências coloniais. Muito antes da chegada dessas potências, a África produzia seu pensamento do direito e o fundamentava nas produções de conhecimento através de epistemologias que advinham das visões de mundo dos(as) africanos(as). Aqui nasce a crítica de Menski (2006) quando o autor afirma que os positivistas radicais não reconhecem o direito se não aquele passado pelo crivo legal estatal.

De uma África pensada colonialmente como impossível de filosofar, de ter sentimentos religiosos, ou capacidade de engendrar um direito, governo e nação (MENSKI, 2006), a perspectiva afrocêntrica mostra que a África fundamenta seu direito em uma base filosófica desconcentrada, plural e diferente das sociedades monoteístas. Fato antropológico importante é que nas sociedades monoteístas a ideia de um deus criador de tudo e de todos decorre de uma concepção unitária, uniforme e hierarquizada da vida social. Nas sociedades animistas, a exemplo das africanas, o deus é decomposto em pluralidade de forças que regulam a vida social; assim, o direito, a religião, a política e outras formas de condicionamento do comportamento social ganham igual importância.

As sociedades africanas são atravessadas por sentimentos e crenças, quase não havendo distinção entre o laico e o religioso. Assim, quando se pensa o direito africano, esses atravessamentos são comuns, entretanto, especialmente após as conquistas de independência, o direito africano ganha uma dimensão mais laica, passando por profundas rupturas com as raízes locais religiosas, onde o compromisso com a emancipação humana se torna mais visível (ANJOS, 2009).

Boaventura de Sousa Santos (2003) diz que o costume é uma das mais importantes fontes do direito africano. É, pois, compreensível que os chefes de Estado africanos mantenham postura firme em favor dos dogmas da soberania, fronteiras estáveis e integridade dos territórios, pois são princípios fundados na autodeterminação das etnias. Ao que possa parecer, os posicionamentos dos chefes de Estado africanos acabam por representar e também influenciar o povo como um todo. Nasce assim, a necessidade de se repensar e se reposicionar quanto às instituições coloniais consistentes, pois elas só aceitavam como direito aquilo que não se chocasse com as produções de senso de civilização do colonizador.

Uma concepção pluralista da sociedade teria que compreender os distintos grupos que desenvolvem o costume como base do direito, assim como o poder de continuar com a administração, pois sem ela não haveria o direito costumeiro. Entretanto, quando o Estado assume o lugar dos grupos que originam o costume, a articulação e aplicação do costume passa a ser destruída (MENSKI, 2006).

Anjos (2009) mostra que o direito africano como um fenômeno jurídico no continente africano, podem ser tomados na perspectiva de direitos africanos, objetivando a representatividade multicultural africana. No direito africano, o costume irá apresentar posição de destaque. No sentido de uso político, ele é disputado pelas elites que disputam o poder, todavia, dele se pode extrair os sentidos de luta e insubordinação colonial, sentidos que não são levantados pelos oprimidos.

A partir das lutas e conquistas de independência, o Estado africano passa por uma crise paradigmática onde a ideia do costume ressurgiu como uma alternativa organizacional que valoriza o local em detrimento do universal. Para tanto, as chefias étnicas passam por um

processo de empoderamento e de construção do sentimento de identidade. A etnicidade e o costume passam a enfrentar o primado da lei colonial. O costume vai ganhar forte conotação com a defesa das fronteiras étnicas (ANJOS, 2009).

2. ENTRE O PENSAMENTO PEDAGÓGICO E O DIREITO AFRICANO

As narrativas míticas e imagéticas de Prandi (2001) sobre o orixá Exu mostram os aspectos do poder da palavra e também dos costumes para a construção dessas narrativas, de modo que, para além das questões teológicas, tais narrativas convergem para falar dos sentidos sobre a importância das orientações e ordens. Para se compreender as ordens e orientações sociais, e mesmo para o engajamento social, é necessário, primeiramente, que se perceba como as coisas existentes são produzidas.

Representando a capacidade de comunicação, e com isso se pretende dizer: a possibilidade de se posicionar perante o outro de modo a entender suas produções de conhecimento sem a intenção de hierarquizar ou subalternizar, o mito de Exu põe em evidência como as produções de conhecimento sobre África são sempre na perspectiva do dominador.

Para Wedderburn (2005), a África foi distopicamente inventada e produzida como uma sociedade incapaz de fundar suas ideias e, por isso mesmo, necessitada de um projeto de criação de humanização das suas organizações e visões de mundo. Fontes bibliográficas cheias do racismo epistemológico disseram o que seria a África, despreocupando-se de ouvir a África ou de elaborar outras narrativas bibliográficas que adotassem a perspectiva desde África. Com isso se quer dizer, sempre houve a preocupação de falar de África sem o menor cuidado em conhecer suas produções de conhecimento.

O eurocentrismo produziu uma África selvagem, sem história, despida de racionalidade, alimentada por ideias primitivas e até bárbaras. Se assim agiu o paradigma eurocêntrico, é que o projeto de modernidade da Europa necessitava de fundamentar e justificar sua violência para com os povos africanos. Não se objetiva disputar o lugar epistemológico de África e Europa, mas de dar condições para uma leitura crítica das realidades africanas e concebendo-a como um território gerador de epistemes e, portanto, possível de romper com as imagens distópicas impostas pelos ideais europeus.

Quando Oliva (2003) mostra que o caso africano foi importante para demonstrar a capacidade de criar novos cenários epistêmicos sobre o sistema-mundo, o autor levanta a possibilidade do paradigma epistêmico europeu se posta em discussão, isso porque o argumento racional para se dominar África e seus territórios é que seriam tais territórios desprovidos de humanidade, de organizações políticas, econômicas e culturais. Entretanto, após a compreensão de fontes bibliográficas afrocentradas, a África é narrada através do lugar de fala (RIBEIRO, 2017) dos(as) próprios(as) africanos(as).

Neste caminho, o pensamento pedagógico africano, posto como inexistente pelo paradigma epistemológico europeu, é desvelado, na perspectiva afrocentrada, como uma possibilidade de romper com as opressões e de enfrentamento à colonialidade (QUIJANO, 2010).

O sujeito do pensamento pedagógico africano é mesmo o condenado da terra, na denúncia de Fanon (1968). Que é ser condenado da terra? É a própria invisibilidade, a negação e o silenciamento do ser do outro. Ele nada pode dar porquanto tudo já lhes foi retirado, inclusive sua liberdade (MALDONADO-TORRES, 2007).

Seguindo o pensamento de Kaphagawani e Malherbe (2002), é preciso que seja possível construir uma identidade intelectual coesa com as demandas sociais. A identidade deve atender às particularidade do contexto cultural em que se mostram as demandas. Assim, o que se cria deve ter profundo sentido com as necessidades do povo e de sua identidade. Neste horizonte, a existência de sujeitos subalternizados em África faz o grande centro epistêmico do pensamento pedagógico neste território. As pedagogias nascem para o enfrentamento do mundo e insubmissão ao pensamento hegemônico europeu.

O pensamento pedagógico africano é atravessado por demandas de lutas, de emancipação, de liberdades e de construções de autonomia. Centrado como um enfrentamento às epistemologias e paradigmas europeus hegemônicos, o pensamento pedagógico africano se localiza em princípios de racionalidade, mas também de sensibilidades, onde o sentir propõe outras leituras de mundo e as percepções sirvam para produzir outros sentidos e significados das realidades postas no mundo (OYÉRÓNKÉ OYĒWÚMÍ, 1990). Pretende-se, com isso, dizer que as pedagogias africanas nascem da necessidade de liberdade e no encontro com o outro.

Portanto, falar sobre as pedagogias africanas é afirmar as produções de conhecimento africanas e desde elas entender os sentidos expressos no cotidiano construído socialmente. Outrossim, não haveria a necessidade de despertar para os sentidos de emancipação, liberdades e autonomia se não fosse a condição subalternizada dos povos africanos, logo, o pensamento pedagógico africano ganharia outras formas.

A superação da inexistência do direito africano é trazida por Mensal-Brown (1976) como um fato incontestável na perspectiva afrocentrada. Outra conquista epistêmica, neste sentido, é o rompimento do direito africano como sinônimo das leis indígenas ou tradicionais na África. O conceito de direito se liga a quatro estruturas, a saber: instituições jurídicas indígenas e suas remanescências, leis religiosas reconhecidas pelo Estado, instituições e sistemas de ordem legal e jurídica herdados colonialmente e, por fim, leis e decretos advindos dos Estados independentes.

O costume como elemento central do direito em África (ANJOS, 2009) passa a ser um elemento central na produção do conhecimento africana sobre o direito. Ora, a partir das práticas sociais e culturais, o direito surge como expressão normativa e de condicionamento

do comportamento social africano, mesmo que os positivistas radicais não reconheçam o direito africano porque é uma criação não exclusiva do Estado, mas das normativas e da ordem social que nascem dos costumes.

O direito africano ganha mesma posição que a religião, a política, a economia e outras formas para se condicionar o comportamento social. Isso porque é uma sociedade animista e em tais sociedades, a força do sagrado é decomposta em plurais forças que regulam o certo e o errado, o verdadeiro do falso, o lícito do ilícito. Com isso, o direito africano, por ser nascido dos costumes, revela ser uma expressão de enfrentamento à colonialidade e de luta contra as opressões, ao reconhecer a necessidade humana de libertação e de construção de identidade cultural.

O que se expressa nesse contexto é um direito africano baseado em uma filosofia não centralizada em apenas um pensamento, mas plural e diferente daquela que compreende apenas as sociedades monoteístas (MENSKI, 2006). Após as conquistas de independência nos Estados africanos, o direito ganha especial sentido de libertação e emancipação humana, produzindo sentidos de enfrentamento às opressões.

As lutas oferecem um sentido paradigmático, no direito africano, de rompimento às opressões. A insubordinação epistemológica é assim, uma possibilidade de construção social que abre novos caminhos a ser percorridos, sem esquecer o que já fora conquistado ou sem querer apenas uma inversão de posicionamento nas relações de poder.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao apresentar a pergunta de pesquisa quais os principais sentidos pedagógicos que emergem do direito africano, a pesquisa se lança na perspectiva afrocentrada. Isso quer dizer que as produções de conhecimento em África são discutidas através de bibliografias que trazem o pensamento africano não mais de forma distópica e colonizada, mas como manifestação das epistemologias provenientes da África.

Ao apresentar o pensamento pedagógico africano como uma produção epistemológica que nasce do cotidiano real e das demandas sociais, algo deve ser dito: é nas pedagogias africanas que se revelam possibilidades de práticas de liberdades e emancipação dos sujeitos africanos. O pensamento pedagógico africano nasce da necessidade de se enfrentar as opressões e a realidade colonial.

Neste mesmo caminho, o direito africano, nascido dos costumes, pretende ser materialização das lutas, conquistas e independência dos povos africanos, permitindo a construção de novos caminhos que coadunem com as liberdades e emancipação. No direito africano, os sentidos pedagógicos que podem ser expressos são: o enfrentamento de qualquer forma de opressão, a construção multicultural das identidades dos povos, o respeito pelas diferenças epistemológicas e o resgate das produções de sentidos na África pela própria África.

REFERÊNCIAS

ANJOS, ALBERICO TEIXEIRA. DIREITO AFRICANO OU DIREITOS AFRICANOS? ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO AFRICANO E O USO POLÍTICO DO DIREITO COSTUMEIRO. REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO COMPARADO. N. 37, P. 129-153, 2009.

FANON, FRANTZ. OS CONDENADOS DA TERRA. TRAD. JOSÉ LAURÊNIO DE MELO. RIO DE JANEIRO: CIVILIZAÇÃO BRASILEIRA, 1968.

MALDONADO-TORRES, NELSON. SOBRE LA COLONIALIDAD DEL SER: CONTRIBUCIONES AL DESARROLLO DE UN CONCEPTO. IN: CASTRO-GÓMEZ, SANTIAGO; GROSFOGUEL, RAMÓN (ORG). EL GIRO DECOLONIAL. REFLEXIONES PARA UNA DIVERSIDAD EPISTÉMICA MÁS ALLÁ DEL CAPITALISMO GLOBAL. BOGOTÁ: IESCO-PENSAR-SIGLO DEL HOMBRE EDITORES, 2007.

MENSAL-BROWN, A. KODWO. INTRODUCTION TO LAW IN CONTEMPORARY AFRICA. OWERRI/NEW YORK/LONDON: CONCH MAGAZINE LIMITED, 1976.

MENSKI, WERNER. COMPARATIVE LAW IN A GLOBAL CONTEXTO. THE LEGAL SYSTEMS OF ASIA AND AFRICA. CAMBRIDGE: CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2006.

MIGNOLO, WALTER. HISTÓRIAS LOCAIS / PROJETOS GLOBAIS. BELO HORIZONTE: EDITORA UFMG, 2003.

OLIVA, ANDERSON RIBEIRO. A HISTÓRIA DA ÁFRICA NOS BANCOS ESCOLARES: REPRESENTAÇÕES E IMPRECIÇÕES NA LITERATURA DIDÁTICO. IN: REVISTA ESTUDOS AFRO-ASIÁTICOS. 2003, ANO 25, N. 3, PP. 421-461.

OYĚWÙMÍ, OYÉRÓNKÉ. JORNADA PELA ACADEMIA. TRADUÇÃO PARA USO DIDÁTICO POR ALINE MATOS DA ROCHA. REVISÃO DE WANDERSON FLOR DO NASCIMENTO. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://FILOSOFIA-AFRICANA.WEEBLY.COM/](https://filosofia-africana.weebly.com/). ACESSO EM: 04 DE NOV. 2018.

PRANDI, REGINALDO. MITOLOGIA DOS ORIXÁS. SÃO PAULO: COMPANHIA DAS LETRAS, 2001.

QUIJANO, ANÍBAL. COLONIALIDADE DO PODER E CLASSIFICAÇÃO SOCIAL. IN: SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA; MENESES, MARIA PAULA (ORGS.). EPISTEMOLOGIAS DO SUL. SÃO PAULO: CORTEZ, 2010.

RIBEIRO, DJAMILA. O QUE É LUGAR DE FALA? BELO HORIZONTE: LETRAMENTO, 2017.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. O ESTADO HETEROGÊNICO E O PLURALISMO JURÍDICO. IN: SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA; TRINDADE, JOÃO CARLOS. CONFLITO E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL: UMA PAISAGEM DAS JUSTIÇAS EM MOÇAMBIQUE. VOL. 1. PORTO: AFRONTAMENTO, 2003.

WEDDERBURN, CARLOS MOORE. NOVAS BASES PARA O ENSINO DA HISTÓRIA DA ÁFRICA NO BRASIL. IN: EDUCAÇÃO ANTIRRACISTA: CAMINHOS ABERTOS PELA LEI FEDERAL 10639/2003. BRASÍLIA: MEC, SECAD, 2005, PP. 134-142.

A NECESSIDADE HUMANA DE TRABALHAR PARA CONSUMIR: UMA ANÁLISE DO CAPITALISMO NA CONTEMPORANEIDADE SEGUNDO AS CONCEPÇÕES DE HANNAH ARENDT E ZYGMUNT BAUMAN

*Dayara de Kássia Sá Sampaio Soares Lustosa*³¹

*Antônia de Maria Mendonça Oliveira*³²

*Orientador (a): Renata Celeste*³³

Resumo: O artigo traz a diferença conceitual, que foi desenvolvida por Arendt, entre trabalho e labor e associa esta conceitualização, a lógica proposta por Bauman no que diz respeito ao consumo. O presente artigo busca, através de uma interdisciplinaridade, usar as teorias de Arendt e Bauman para investigar, ainda que sem a pretensão de esgotar o tema, porque a sociedade se tornou consumista e criticar o problema do consumo excessivo na contemporaneidade. É possível extrair das obras que o trabalho é o meio mais eficaz para fazer parte de uma sociedade de consumo. O objetivo central do artigo consiste em desmistificar a ideia do trabalho como agente integrador do homem em um meio social. A metodologia utilizada foi o estudo bibliográfico, de caráter descritivo, que tem como instrumento de pesquisa os livros e artigos científicos. Através da pesquisa foi possível perceber que a concepção de trabalho pode ser enxergada sobre vários aspectos, dentre elas sobre a lógica do mercado de capital que é aplicado pelas empresas que reduz o indivíduo a mercadoria, desvalorizando o ser humano enquanto ser social.

Palavras-chave: Trabalho. Consumo. Banalização da natureza humana.

Abstract: The article brings the conceptual difference, which was developed by Arendt, between work and labor and associates this conceptualization, the logic proposed by Bauman with respect to consumption. The present article seeks, through an interdisciplinarity, to use the theories of Arendt and Bauman to investigate, although without the pretension to exhaust the subject, because the society became consumerist and to criticize the problem of the excessive consumption in the contemporaneity. It is possible to extract from works that work

³¹ Especialista e mestranda em Historicidade dos Direitos Fundamentais pela Faculdade Damas. E-mail: dayarasampaio@gmail.com

³² Especialista e mestranda em Historicidade dos Direitos Fundamentais pela Faculdade Damas. E-mail: @gmail.com

³³ Doutora pela UFPE, professora do mestrado Ppgd Damas, coordenadora adjunta da graduação em direito, orientadora do grupo de pesquisa de estudos de direito, biopolítica e subjetividades. E-mail: renata.celeste@hotmail.com

is the most effective way to be part of a consumer society. The main objective of the article is to demystify the idea of work as an integrating agent of man in a social environment. The methodology used was the descriptive bibliographical study, which has as a research tool the scientific books and articles. Through the research it was possible to perceive that the conception of work can be seen on several aspects, among them on the logic of the capital market that is applied by the companies that reduces the individual the merchandise, devaluing the human being as a social being.

Keywords: Work. Consumption. Banalization of human nature.

INTRODUÇÃO

É possível contar a história contemporânea através da emancipação do trabalho e é possível justificar, com base nas concepções propostas por Arendt, na obra intitulada a condição humana e em Bauman, quando escreve a vida para o consumo, que esta emancipação mais aprisionou do que libertou o homem enquanto ser social.

Vive-se em uma época onde parte da população trabalha, inconscientemente, com a finalidade de se sentir parte integrante de um meio social, meio social este, que foi limitado pelo capitalismo contemporâneo, ao que chamamos de “viver para consumir”.

O presente artigo busca, através de uma interdisciplinaridade, usar as teorias de Arendt e Bauman para investigar, ainda que sem a pretensão de esgotar o tema, porque a sociedade se tornou consumista e criticar o problema do consumo excessivo na contemporaneidade, já que este consumo é capaz de reduzir a dignidade da pessoa humana quando equipara o indivíduo a mercadoria.

A metodologia utilizada foi o estudo bibliográfico, de caráter descritivo, que tem como instrumento de pesquisa os livros e artigos científicos.

O problema central da pesquisa consiste em demonstrar que o consumidor se transforma em mercadoria na dinâmica do capital que é aplicado pelo mercado e empresas. As empresas possuem métodos de vendas que são capazes de causar nos consumidores a crença que eles precisam consumir, para que se sintam bem consigo mesmos, e que estes métodos, são tão eficazes, que são capazes de despertar no indivíduo, não só a pseudonecessidade do consumo, mas a crença de que consumir diariamente os tornam seres especiais, já que parte da população não tem acesso a este privilégio.

Demonstrar dentro de um sistema capitalista que o consumo como agente integrador do ser humano em um meio social é uma falácia, não é uma tarefa fácil, já que a ideia de consumo movimenta não só vida de várias pessoas, mas a economia de um país de modo geral e

comprovar que isto configura uma desvalorização fatal do indivíduo enquanto ser humano é ser completamente contrário a tudo que o capitalismo contemporâneo prega, no entanto, é o que este artigo busca.

1. A NECESSIDADE HUMANA DE TRABALHAR PARA CONSUMIR

Dentre tantos fatores históricos que justificam a transformação da sociedade, em uma sociedade contemporânea essencialmente consumista, podemos citar a Revolução Industrial como um grande marco.

Fazendo um breve relato, sem pretensão de esgotar o tema, podemos afirmar que a Revolução Industrial teve seu apogeu no século XVIII, na Inglaterra. A Revolução foi um marco histórico não só por ter impulsionado a luta por direitos sociais, mas por todas as mudanças estruturais que foram desenvolvidas na sociedade naquela época e que refletem até os dias atuais. O fato é que “ com a revolução industrial, a relação entre produção e consumo ganhou maior importância no mundo, encurtando a distância entre as duas pontas do relacionamento de consumo”. (VOLPI, 2007, p. 45).

Outro ponto que merece importância foi o fato de junto à Revolução Industrial ficar evidenciada a desvalorização do trabalho humano. Desvalorização esta que vai desde as condições de trabalho à alienação do trabalhador, impedindo-o de perceber o valor agregado ao que ele produziu e a desvalorização deste trabalho quando se consome excessivamente o que se é produzido. “A virada do século, necessitou da construção de novos mercados e da “educação” de novos públicos consumidores por meio da publicidade e da mídia”. (FEATHERSTONE, 1995, p. 32), é exatamente neste cenário que surge a ideia de criar nos consumidores a necessidade de consumir. Fica evidenciado que as bases para um capitalismo corrosivo já estavam criadas e que já haviam sido solidamente identificadas, o que precisava naquele momento era apenas materializar sonhos, desejos e consequentemente pessoas.

A forma mais comum e talvez mais socialmente aceita que existe hoje, para materialização de desejos, é o trabalho. Hannah Arendt traz uma diferença crucial entre trabalho e labor e que é capaz de ajudar a compreendermos a simbologia do trabalho na contemporaneidade. Segundo Luciano Oliveira (2014, p. 57)

O labor é a atividade que corresponde ao processo biológico do corpo humano, cujo crescimento espontâneo, metabolismo e eventual declínio tem a ver com as necessidades vitais. Em outros termos, no labor os homens produzem e consomem os bens necessários à manutenção da própria vida, e porque enquanto tal o homem não é mais do que um entre outros seres vivos, o agente do labor é o que Arendt chama de animal laborans. Já no trabalho o homem produz um mundo artificial de coisas, nitidamente diferente de qualquer ambiente natural. Trata-se aqui, do homem enquanto fabricante de bens e coisas duráveis – numa palavra, do mundo que nos rodeia construído pelo homem-, razão pela qual Arendt chama o seu agente de homo faber.

Na “sociedade do labor” o homem não tem muitas escolhas, na “sociedade do trabalho” as variedades de consumo são incontáveis, são imensuráveis, o homem que se originou deste processo é um signo do que a sociedade contemporânea consegue valorar. LIPOVETSKY (apud Migueles, 2007, p. 147)

Jamais se consome um objeto por ele mesmo ou por seu valor de uso, mas por seu valor de troca signo, isto é, em razão do prestígio, do status, da posição social que confere. Para além da satisfação espontânea das necessidades é preciso reconhecer no consumo um instrumento da hierarquia social e nos objetos um lugar de produção social das diferenças e dos valores estatutários.

É uma realidade refutável que no mundo pós-moderno o homem precisa consumir para estar inserido em um contexto social ou pelo menos esta foi a ideia construída e vendida aos consumidores, aos que foram reduzidos a mercadorias no capitalismo depredador onde o consumo se tornou uma forma ou espécie de seleção social.

Segundo Luana Polon, (2011, p. 7)

O consumo em si é algo que envolve todas as esperas da sociedade, porém, a forma como o homem consome é que o classifica dentro de um grupo, a quantidade e o tipo de produto consumido é um fator determinante para mostrar a que classe pertence uma determinada pessoa.

O que fica evidenciado é que esta sociedade inverteu valores, o materialismo se tornou mais importante do que o humano, os bens de consumo passaram a substituir relações afetivas, as pessoas passaram a trabalhar mais para consumir mais, as relações amorosas passaram a ser líquidas³⁴ e as relações familiares passaram a ser “objetificadas”, a impressão é que o amor se materializou, como se presentes fossem capazes de substituir pessoas e preços fossem capazes de mensurar o tamanho dos amores, somos uma geração fragilizada, isto é um fato.

Na essência da obra de Bauman é possível perceber que a vida de consumo não pode ser outra coisa senão uma vida de aprendizado rápido (consumo), mas também precisa ser uma vida de esquecimento veloz (descarte), é assim que o mercado funciona, é assim que as relações humanas sobrevivem e é a isto que nossas vidas foram reduzidas.

³⁴ Superficiais, esvaziadas, passageiras etc.

GILES DELEUZE (1992, p.3)

O serviço de vendas tornou-se o centro ou a "alma" da empresa. Informam-nos que as empresas têm uma alma, o que é efetivamente a notícia mais terrificante do mundo. O marketing é agora o instrumento de controle social, e forma a raça impudente dos nossos senhores. O controle é de curto prazo e de rotação rápida, mas também contínuo e ilimitado, ao passo que a disciplina era de longa duração, infinita e descontínua. O homem não é mais o homem confinado, mas o homem endividado.

O fato é que o capitalismo nos "presenteou" com dois tipos de dimensões³⁵ de pessoas: As que são consumidoras e as que pertencem as subclasses. Podemos afirmar que ambas são "pobres de alma".

As consumidores são pobres porque acreditam que precisam consumir para se sentirem parte integrante de um meio social, as subclasses, por sua vez, são pobres porque não conseguem sequer serem enxergadas dentro de uma sociedade de consumo, são consumidores falhos, como são seres não comodificados, já que deixam de cumprir seu papel dentro de uma sociedade consumista, são considerados como a escória do mercado de consumo e até certo ponto dentro desta lógica consumida, são a escória da sociedade, ou em resumo, são os famosos "ninguéns" de Eduardo Galeano³⁶.

A base que a sociedade pós-moderna foi criada é demasiadamente vazia porque só consegue enxergar a identidade como um valor de mercado. Para Bauman (2008, p. 71) " a sociedade de consumidores representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumista, e rejeita todas as opções culturais alternativas". Por isto não há espaço para quem não cumpre seu papel social primordial, o papel de consumidor.

BAUMAN (2008, p. 176)

(...) As pessoas classificadas como "subclasses" são condenadas a exclusão social e consideradas incapazes de se afiliarem a uma sociedade que exige que seus membros participem do jogo do consumismo segundo as regras estabelecidas, justamente porque são, tal como os ricos abastados, abertos às seduções muito bem amparadas do consumismo-embora, de forma distinta dos abastados e dos ricos, não possam de fato se dar ao luxo de serem seduzidos.

35 Prefiro a expressão dimensão ao em vez de gerações porque poderia levar o leitor a crê que um tipo só existe após esgotado do outro e não que ambas coexistem na mesma época e no mesmo espaço.

36 Poema escrito pelo autor que faz referência a pessoas que são ignoradas dentro de uma sociedade.

É nesta invisibilidade que reside um dos maiores problemas da sociedade de consumo, aqui definimos este problema com a expressão “criminalização da pobreza” e é exatamente sob este aspecto que reside a morte da identidade do sujeito enquanto ser social.

Luciano Oliveira (2014, p.58) explica a ação em Arendt

A “ação” corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que os homens, e não ao homem, vivem sobre a terra e habitam o mundo “. E completa: “ Todos os aspectos da condição humana tem alguma relação com a política, mas esta pluralidade é especificamente a condição – não apenas a conditio sine qua nom, mas a conditio per quam- de toda vida política. É curioso como Arendt elabora definições para o homem enquanto consumidor e enquanto fabricante de objetos, mas se abstém de “definir” o homem enquanto criatura empenhada na ação, como indicar que aí reside o que seria mais essencial a humanidade, bastando, portanto, somente chama-lo de homem – um ser que na ação nada mais exprime senão ele mesmo.

É possível perceber que o homem Arendtiano está destinado a um fim mais nobre que não seja o de ser subjugado a esta modernidade líquida³⁷. É necessário enxergar o consumo com outros olhos, sob pena de estamos nos reconhecendo e aceitando a ideia de sermos “moeda de troca” dentro da lógica de mercado de capital de empresas. É necessário urgentemente mudarmos o rumo da trajetória, já que esta relação de consumo vem afetando diretamente as relações sociais sob seus diferentes aspectos.

Segundo Eliton Fernando (2015, p. 6)

As relações sociais e os laços afetivos estão cada vez mais vulneráveis na modernidade líquida. O cunho mercadológico passa a interferir nas relações afetivas, focalizando a materialidade do ser humano. Nunca houve tanta liberdade na escolha de parceiros nem tanta variedade de modelos de relacionamentos; no entanto, nunca os casais se sentiram tão ansiosos e prontos para rever ou reverter o rumo das relações. A relação deixa de existir quando sua utilidade e seu prazer já não despertam o interesse do indivíduo, que pode substituí-la sem se importar com os sentimentos da outra pessoa. A insatisfação das relações revela profundamente uma insatisfação consigo mesmo, ou seja, por mais que o indivíduo esteja sempre atualizado, nunca será a melhor mercadoria no mercado da afetividade. O medo e a ansiedade de ficar de fora são eminentes.

(...). Destaca-se atualmente o grande número de antidepressivos. Na sociedade de consumidores nem todos conseguem ser celebridades ou a melhor opção do mercado. Precisam ser lembrados para serem valorizados e não conseguem superar o descarte. O

³⁷ Termo utilizado por Bauman, em livro de sua autoria com o mesmo título.

sofrimento e o modo de aliviar as dores também alimentam o sistema, pois pensam que com medicamentos podem resolver o problema. As pessoas passam a acreditar que para cada problema, há uma solução na loja. Não foi provado que esta nova atitude diminui as dores humanas; no entanto foi comprovado, além de qualquer questionamento, que a induzida intolerância a dor é fonte inesgotável de lucros comerciais.

Ressalta-se que o consumo aliena a vida humana da sua capacidade de refletir. Estas pessoas não estão presas em cadeias, mas são escravas de um trabalho para adquirirem mercadorias ou pagarem pelas mercadorias compradas. O fato é que este ciclo vicioso alimenta diariamente a fome da economia e é o que sustenta este capitalismo parasitário. As pessoas acreditam que são livres, que o trabalho as liberta enquanto seres sociais, mas na lógica de mercado suas pseudoescolhas já foram fabricadas e apresentadas em uma gama de possibilidades que talvez antes da revolução industrial nunca tivessem sido pensadas. O processo acontece de uma forma tão sutil que os consumidores não percebem isto, Segundo Baudrillard, (1993, p. 206) “ O consumo, pelo fato de possuir um sentido, é uma atividade de manipulação sistemática de signos” São as forças econômicas que traçam as regras do jogo, direcionando, sem que o consumidor perceba, as suas próprias escolhas. Segundo Eliton Fernando (2015, p. 6)

O consumo, na visão de Bauman, é a transformação da vida humana em mercadoria, noção que remete a segunda tese de Marx, o fetichismo da mercadoria. Essa tese possui dimensão normativa, sendo parcialmente válida no pensamento sociológico contemporâneo. Marx diz que o fetiche recorre à região nebulosa da crença. Os objetos tornam-se sujeitos e as pessoas viram objetos, numa total inversão de valores.

Desta forma é forçoso concluir que o processo que foi desencadeado durante e logo após a revolução industrial vem causando estragos estruturais na vida humana enquanto seres sociais, vem reduzindo a espécie a objeto de consumo, vem desvalorizando o trabalho humano, já que o mesmo também é enxergado como mercadoria, vem alienando o consumidor, já que os marketing das empresas criam a “crença da felicidade” com a compra efetiva de mercadorias, vem adoecendo uma sociedade contemporânea através da ansiedade em acumular capital para poder consumir, vem devastando, de uma forma antes nunca vista, o sistema global, vem nos tornando reféns de nós mesmos, vem nos fazendo esquecer a nossa própria identidade enquanto ser.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No livro a condição humana, Arendt traz uma ontologia bastante particular sobre o fenômeno humano, sobre a condição do indivíduo enquanto ser singular no mundo e esta visão não pode ser enxergada como um Plus desta obra, já que em outros escritos, de sua autoria, é possível visualizar a necessidade que Hannah possui em valorizar o humano, como por exemplo, nas origens do totalitarismo.

Na obra, objeto do nosso estudo, Arendt constrói seu raciocínio em cima da diferença conceitual de Labor, trabalho e ação, no entanto, segundo as suas próprias convicções ela não é capaz de conceituar o que seria ação, mas, pela leitura, é possível perceber que a ação está intimamente ligada a ideia de homem enquanto ser.

De uma forma sucinta o labor pode ser enxergado como à atividade desenvolvida para manutenção humana, está associado à necessidade de um desenvolvimento biológico e natural do corpo, onde consumir se faz necessário para própria sobrevivência humana.

Já na concepção de trabalho é possível visualizar uma atividade que vai além da própria manutenção humana, o trabalho está relacionado ao artificial, ao que definimos como consumo não necessário, enxergado sob a ótica de homem enquanto ser social, ou consumo vital, sob a ótica do mercado de capital de empresas.

É sobre a ideia de trabalho que é proposta por Hannah que é possível não só compreendemos o que Bauman escreve, mas também enxergar como funciona a lógica de consumo na contemporaneidade.

Estamos vivenciando uma época de um consumo depredador, os impactos desta lógica de mercado de capital vão além de uma destruição devassadora ambiental, ela está impactando de maneira negativa a forma de enxergar os seres humanos enquanto pessoas.

Os indivíduos vêm sendo definidos, pelo que eles inconscientemente (digo inconscientemente porque é evidente que os mercados de empresas possuem meios de viciar a vontade dos consumidores) escolhem consumir e é com base no quanto e no que é consumido que estão sendo construído valores sociais e a sociedade precisa perceber que os alicerces destes “não tão novos valores sociais” são demasiadamente frágeis já que são capazes de reduzir o humano a mercadoria, a objeto de consumo, a coisa.

É necessário enxergar o consumo com outros olhos, não sugiro aqui a visão um tanto quanto romantizada do bem-viver, nem tampouco uma vida simplista na contemporaneidade, mas se faz necessário procurar meios alternativos, para mostrar a sociedade o que o capitalismo vem fazendo ao longo dos anos, para que a gente possa garantir as próximas gerações uma qualidade de vida que não se resuma ao que elas possuam materialmente, mas que seja capaz de valorizar quem elas são enquanto humanos, enquanto ação na concepção Arendtiana da expressão.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, JOÃO MAURÍCIO. O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE: NO RASTRO DO PENSAMENTO DE HANNAH ARENDT. BELO HORIZONTE: D'PLÁCIDO, 2016.

ARENDT, HANNAH. A CONDIÇÃO HUMANA. RIO DE JANEIRO: FORENSE UNIVERSITÁRIA, 2010.

BAUDRILLARD, JEAN. O SISTEMA DOS OBJETOS. SÃO PAULO: PERSPECTIVA, 1993.

BAUMAN, ZYGMUNT. MODERNIDADE LIQUIDA. RIO DE JANEIRO: ZAHAR, 2001.

_____. VIDA PARA O CONSUMO. RIO DE JANEIRO: ZAHAR, 2008.

CUNHA, ELIANI MARTINS. BAUMAN E A SOCIEDADE DE CONSUMIDORES: A TRANSFORMAÇÃO DAS PESSOAS EM MERCADORIA. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.PORTALEDUCACAO.COM.BR/CONTEUDO/ARTIGOS/CONTEUDO/BAUMAN/13883](https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/conteudo/bauman/13883). ACESSO EM: NOV 2018.

DELEUZE, GILLES. POST-SCRIPTUM SOBRE AS SOCIEDADES DE CONTROLE. 1990. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.SOMATERAPIA.COM.BR/WP/WP-CONTENT/UPLOADS/2013/05/DELEUZE-POST-SCRIPTUM-SOBRE-SOCIEDADES-DE-CONTROLE.PDF](http://www.somaterapia.com.br/wp/wp-content/uploads/2013/05/DELEUZE-POST-SCRIPTUM-SOBRE-SOCIEDADES-DE-CONTROLE.PDF). ACESSO EM: NOV 2018.

FEATHERSTONE, MIKE. CULTURA DE CONSUMO E PÓS-MODERNISMO. SÃO PAULO: STUDIO NOBEL, 1995.

FELCZAK, ELITON FERNANDO. A MODERNIDADE LIQUIDA E A VIDA HUMANA TRANSFORMADA EM OBJETO DE CONSUMO. 2015. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.VIDAPASTORAL.COM.BR/ARTIGOS/ATUALIDADE/A-MODERNIDADE-LIQUIDA-E-A-VIDA-HUMANA-TRANSFORMADA-EM-OBJETO-DE-CONSUMO/](http://www.vidapastoral.com.br/artigos/atualidade/a-modernidade-liquida-e-a-vida-humana-transformada-em-objeto-de-consumo/). ACESSO EM: NOV 2018.

MIGUELES, CARMEN (ORG.). ANTROPOLOGIA DO CONSUMO: CASOS BRASILEIROS. RIO DE JANEIRO: EDITORA FGV, 2007.

OLIVEIRA, LUCIANO. 10 LIÇÕES SOBRE HANNAH ARENDT. RIO DE JANEIRO: VOZES, 2014.

POLON, LUANA CAROLINE KUNAST. SOCIEDADE DE CONSUMO OU O CONSUMO DA SOCIEDADE? UM MUNDO CONFUSO E CONFUSAMENTE PERCEBIDO. 2011. DISPONÍVEL EM: [HTTP://CAC-PHP.UNIOESTE.BR/PROJETOS/GPPS/MIDIA/SEMINARIO6/ARQS/TRAB_COMPLETOS_ECONOMIA_SOCIEDADE/SOCIEDADE_DE_CONSUMO_OU_CONSUMO_SOCIEDADE.PDF](http://CAC-PHP.UNIOESTE.BR/PROJETOS/GPPS/MIDIA/SEMINARIO6/ARQS/TRAB_COMPLETOS_ECONOMIA_SOCIEDADE/SOCIEDADE_DE_CONSUMO_OU_CONSUMO_SOCIEDADE.PDF). ACESSO EM: NOV 2018.

VOLPI, ALEXANDRE. A HISTÓRIA DO CONSUMO NO BRASIL. RIO DE JANEIRO: ELSEVIER, 2007.

ESTIGMA E QUESTÕES DE GÊNEROS: A HOMOFOBIA INSTITUCIONAL E A DIVERSIDADE SEXUAL NA ESCOLA

*Flávia Renata Feitosa Carneiro*³⁸

*Laura Stéphanie Ferreira de Melo*³⁹

Resumo: Este estudo tem por objetivo analisar as interseções entre estigmas e as questões de gênero na interface da homofobia institucional e diversidade sexual, a partir de uma visão do cotidiano do público LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais ou Transgêneros). Quanto aos estigmas e os problemas que são gerados pelo grande preconceito ainda existente em relação a esse público, isso acontece pelo fato de que, historicamente, a sociedade vem definindo o que é considerado normal ou não, impondo o que deve ser aceito e visto com bons olhos. Formulou-se a seguinte pergunta de pesquisa: Qual o cenário de estigmatização da diversidade sexual nos ambientes institucionais? Com o presente estudo buscamos responder nosso objetivo geral: o cenário de estigmatização da diversidade sexual nos ambientes institucionais. E, para instrumentalizá-lo, delimitou-se os seguintes objetivos específicos: 1) compreender a necessidade de se debater a diversidade sexual na escola; 2) discutir sobre estigmas e questões de gêneros e diversidade sexual; 3) compreender as formas de vivência social e os estigmas a diversidade sexual, a partir da homofobia institucional. Esse estudo teve como base o método dialético, desdobrou-se em uma pesquisa bibliográfica e descritiva, tendo como técnica de apreciação de dados a análise de conteúdo. Esses resultados mostram e constroem a noção do que se pode denominar de homofobia institucional, e a imposição da heteronormatividade como ordenadora das relações sociais e da estigmatização da diversidade sexual. Ao final, concluímos preliminarmente que o estigma que envolve as pessoas LGBT's está diretamente ligado à perspectiva heteronormativa. Constata-se que o público LGBT convive cotidianamente com marcadores de preconceito (educacionais, sociais, familiares, entre outros) que contribuem para seu processo de invisibilidade e exclusão social. Ainda foi possível notar a fragilidade e a vulnerabilidade as quais essas pessoas são expostas diariamente, também foi possível constatar e concluir que as condições de estigma são constantes e requerem maiores aprofundamentos e políticas sociais.

³⁸Graduada em Direito – Universidade Católica de Pernambuco- UNICAP. Graduada em Odontologia – Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. MBA em Gerenciamento de Projetos – Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduada em Metodologia do Ensino da Língua Portuguesa – Universidade Federal Rural de Pernambuco – UFRPE. Mestranda em Direito – Faculdade Damas.

³⁹Graduada em Direito – Centro Universitário do Vale do Ipojuca- UNIFAVIP. Pós-Graduada em Penal e Processo Penal – Escola Superior de Advocacia de Pernambuco- ESA PE. Mestranda em Direito – Faculdade Damas.

Palavras-chave: Homofobia institucional. Estigma. Gênero. Diversidade. Escola.

Abstract: This study aims to analyze the intersections between stigmas and gender issues in the interface of institutional homophobia and sexual diversity, based on a daily vision of the LGBT public. As for the stigmas and problems that are generated by the great prejudice still existing in relation to this public, this is due to the fact that, historically, society has been defining what is considered normal or not, imposing what must be accepted and seen with good eyes. The following research question was asked: What is the scenario of stigmatization of sexual diversity in institutional settings? With the present study, we sought to answer our general objective: the scenario of stigmatization of sexual diversity in institutional settings. And, to instrumentalize it, the following specific objectives were delineated: 1) to understand the need to discuss sexual diversity in school; 2) discuss stigmas and issues of gender and sexual diversity; 3) to understand the forms of social experience and the stigmas of sexual diversity, based on institutional homophobia. This study was based on the dialectical method, unfolded in a bibliographical and descriptive research, having as data appreciation technique the content analysis. These results show and construct the notion of what can be called institutional homophobia, and the imposition of heteronormativity as the orderer of social relations and the stigmatization of sexual diversity. In the end, we preliminarily concluded that the stigma surrounding LGBT people is directly linked to the heteronormative perspective. It is observed that the LGBT public lives daily with prejudice markers (educational, social, family, among others) that contribute to its invisibility and social exclusion process. It was also possible to note the fragility and vulnerability to which these people are exposed on a daily basis. It was also possible to conclude and conclude that stigma conditions are constant and require further deepening and social policies.

Keywords: Institutional homophobia. Stigma. Genre. Diversity. School.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa compreender as questões sobre gênero, a homofobia institucional e a diversidade sexual na escola. Existe uma reflexão a respeito dos estigmas e os problemas que surgem a partir do preconceito que ainda existe quando se trata de pessoas do grupo LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais ou Transgêneros).

Há de se observar que, historicamente, a sociedade busca definir aquilo que é visto como correto, normal e aceitável, impondo assim, aquilo que deve ser visto com bons olhos, sem ferir os bons costumes e as tradições.

Diante disso, são várias as práticas de violência, discriminação e homofobia que ocorrem contra as pessoas LGBT. Nesse caso, existe uma necessidade de se trabalhar e discutir esse assunto mais abertamente na tentativa de diminuir essas práticas de preconceito. A promoção

de mais políticas públicas também seria um meio de tentar diminuir essa prática de ódio e desrespeito.

O modo banal pelo qual ainda é tratada a violência contra esse grupo é assustador. São assassinatos, agressões físicas e verbais, e que, infelizmente, a grande maioria dos agressores fica impune. Com esse número crescente, observa-se a necessidade de políticas públicas e discussões que sejam eficazes e que busquem erradicar ou pelo menos minimizar a violência sofrida por esse grupo.

É de grande importância tratar desse assunto em âmbito institucional, pois, ainda se observa o preconceito existente dentro de algumas instituições públicas e também privadas, mesmo sendo lugares nos quais deveria existir o respeito.

1. ESTIGMA E QUESTÕES DE GÊNERO O LUGAR DA DIVERSIDADE NA SOCIEDADE BRASILEIRA

As diversidades sexuais sempre foram tratadas como um tabu, acabou por ser um assunto não discutido da maneira que deveria, tornando-se algo difícil de falar desde os primórdios da sociedade até os dias de hoje.

Tratar de sexualidade ou gênero ainda é algo que causa repúdio em muitas pessoas que têm um pensamento machista, preconceituoso e heteronormativo. É fato que isso foi culturalmente imposto para definir aquilo que seria correto. A sociedade olha com desdém para aqueles que não estão enquadrados nos padrões impostos e geralmente essas pessoas são deixadas de lado e por muitas vezes estigmatizadas.

Para Goffman (1975, p.8):

Por definição, é claro, acreditamos que alguém com um estigma não seja completamente humano. Com base nisso, fazemos vários tipos de discriminações, através das quais efetivamente, e muitas vezes sem pensar, reduzimos suas chances de vida: Construimos uma teoria do estigma; uma ideologia para explicar a sua inferioridade e dar conta do perigo que ela representa, racionalizando algumas vezes uma animosidade baseada em outras diferenças, tais como as de classe social.

Essa imposição surge a partir do nascimento, momento em que homem é homem e mulher é mulher. Com isso, será definido o modo como a pessoa deve agir, deve se expressar, vestir-se, entre outras imposições. Ou seja, aquele que se afasta daquilo que é correto é visto como errado e deixado de lado como algo que é absurdo para viver em sociedade.

Mesmo que essa seja uma realidade que está sendo transformada aos poucos, a luta por aceitação que no Brasil se iniciou com os movimentos sociais no final dos anos de 1970 ainda é constante, tendo em vista que mesmo nos dias atuais existem barreiras a serem quebradas, pois, quebrar o conceito do que historicamente foi imposto como normal é algo muito difícil.

Um ponto muito importante a ser tratado dentro da formação social brasileira é a questão da igualdade de gênero. O estereótipo criado para dizer o que é “homem” e “mulher” é algo extremamente ultrapassado. As questões de gênero não se tratam apenas de homem ou mulher, vão muito além disso.

O Brasil ainda precisa trabalhar bastante para melhorar a situação que, por muitos anos, foi construída de maneira preconceituosa. É incrivelmente absurda a maneira como as identidades de gênero foram rejeitadas e tidas como algo animalesco na formação nacional. A população LGBT é deixada às margens, se tornando vulnerável. Se a situação de segurança no país é precária, para as pessoas do meio LGBT é assustadora, pois a violência com eles é extremamente absurda.

No que diz respeito aos direitos sexuais e de gênero, o Estado brasileiro trouxe, por anos, leis que aplicam a heterossexualidade como o único modelo correto de sexualidade e identidade de gênero.

Diante disso, é notória a culpa que o Estado brasileiro tem no que se diz respeito ao grande preconceito e discriminação existente por questões de gênero.

Muitos dos direitos – ou quase todos os que foram alcançados, partiram das lutas sociais feitas por minorias que sempre tiveram direitos negados, que são os negros, pobres, mulheres, pessoas LGBT, entre outros, que por muitos anos foram extremamente menosprezados. O governo tem como prioridade o que é de interesse apenas dele, deixando de lado problemas considerados “menores”, como, por exemplo, a discriminação.

Um dos grandes desafios ainda é a igualdade e o respeito, e, como já foi dito, essa é uma herança da formação social imposta pelo Estado. Não adianta estar expressa na Constituição Federal a igualdade de todos, mas, na prática, não ser aplicada e nem existirem medidas para que essa norma seja cumprida.

Enquanto houver essa resistência para respeitar a população LGBT como sujeitos de direitos, existirá o aumento do preconceito, da violência e das violações dos direitos humanos dessas pessoas.

1.1 Políticas públicas e direitos humanos LGBT no Brasil

Para melhor entender a evolução dos direitos humanos da população LGBT, deve-se observar o surgimento dos movimentos sociais tendo em vista que foi a partir deles que houve uma maior visibilidade para essa população. O movimento social LGBT trouxe a vontade dos homossexuais em querer quebrar a imagem errada existente a respeito das pessoas LGBT que sempre foram tidas como pessoas que não seria bom conviver, pessoas que deveriam viver às margens da sociedade.

O surgimento do movimento homossexual e das lutas indicam reivindicações por direitos universais e civis plenos, por meio de ações políticas que não sejam voltadas apenas para

determinados grupos, mas sim para todos em geral. Eles buscam através dessas lutas uma melhoria nas políticas públicas, visando mais acesso à educação, saúde, trabalhos e oportunidades igualitárias.

O Estado passou a ter mais consciência e começou a criação de políticas públicas mais específicas e voltadas para a população LGBT que historicamente por questões culturalmente impostas sempre foi deixada às margens da sociedade.

Essas decisões podem ser tidas como estratégias para manter o equilíbrio entre os grupos sociais. Tendo como foco satisfazer as ideias de todos os grupos sem deixar em segundo plano aqueles que possuem ideias e identidades diferentes.

No Brasil a primeira vez que os direitos LGBT foram reconhecidos foi no governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso. No ano de 2001 foi criado o Conselho Nacional de Combate à Discriminação que era composto por representantes LGBT. No governo Lula veio a criação do Programa Brasil Sem Homofobia, ambos para tentar combater a discriminação e o preconceito sofridos por pessoas LGBT's.

Como exemplo de violência contra alguém que se enquadra em uma das letras da sigla LGBT, Bento traz:

São múltiplas as violências cometidas contra as pessoas transexuais. A patologização social dessa experiência identitária talvez seja a mais cruel, pois irradia a convicção de que são pessoas inferiores. Cruzar os limites dos gêneros é colocar-se em uma posição de risco. Quando se afirma que existe uma norma de gênero, deve-se pensar em regras, leis, interdições e punições (2011, p. 554).

Outro exemplo de política pública, feita para pessoas desse grupo, foi a aprovação para que o Sistema Único de Saúde- SUS custeasse as cirurgias e tratamentos para as pessoas trans. Ainda na questão da rede de saúde, essas políticas para melhor atendimento advêm também do modo de agir dos enfermeiros, médicos, atendentes, de todos os profissionais que fazem parte e estão envolvidos nisso. Porque, de uma forma ou de outra, as questões heteronormativas estão impostas até hoje, e pode ser que algum profissional tenha esse reflexo na hora de fazer seu trabalho para com uma paciente LGBT. Essa questão de melhorar o atendimento para essas pessoas é uma maneira de garantir a dignidade quanto ao acesso à saúde.

Portanto, observar a importância do Sistema Único de Saúde- SUS na garantia de saúde digna para as pessoas LGBT apenas mostra mais uma vez sua intenção em reafirmar os Direitos Humanos dessa população por meio das políticas públicas de saúde.

Enfim, as políticas públicas e os direitos humanos para as pessoas LGBT, aos poucos, vêm ganhando espaço. Entretanto, a busca por mais direitos ainda é constante, tendo em vista a subalternização histórica da pauta pelo Estado brasileiro. É deveras difícil e demorado mudar

a realidade dessas pessoas, principalmente a das mulheres trans, as quais são as mais discriminadas e que vivem em uma constante busca de dignidade e cidadania.

2. HOMOFOBIA, PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO NO ÂMBITO INSTITUCIONAL

Como já foi mencionado o preconceito contra as pessoas LGBT, decorre principalmente da cultura heteronormativa que foi imposta historicamente. Tem-se que, ao longo dos tempos a homossexualidade em diferentes povos e culturas foi/é tida também como uma espécie de condenação contra aqueles que não seguem os passos daquilo que é "normal", ou seja, é uma penalidade contra aqueles que não seguem os padrões heteronormativos.

Cada povo e cada cultura tem influência na maneira a qual as pessoas enxergam sua própria sexualidade e também como enxergam a sexualidade dos outros indivíduos, pode-se dizer que cada cultura e cada época teria sua própria maneira de representação e aceitação da sexualidade e de sua diversidade.

Sabe-se que muitos dogmas também foram impostos pelas igrejas, onde o cristianismo passou a condenar a homossexualidade. Com isso o Estado passou a aceitar e seguir os pensamentos das igrejas que baniam⁴⁰ as relações homossexuais. Essas relações eram vistas como pecaminosas ainda mais pelo fato de que para a igreja o sexo era algo feito apenas para procriação.

Dias (2011, p. 38) expõe:

Somente as uniões devidamente abençoadas pela Igreja eram válidas, firmes e indissolúveis. O ato sexual foi reduzido a fonte de pecado. A virgindade era cultuada como um estado mais abençoado do que o próprio casamento, e o sexo ligado ao prazer estava associado à noção de impureza, transgressão, conduta pecaminosa, mesmo dentro do casamento.

Nota-se então que se as uniões não tivessem a benção da igreja, elas não valeriam, logo, qualquer relação homossexual seria banalizada, já que a igreja era, e ainda é, contra a união de casais do mesmo sexo.

Segundo Mott (2003, p. 20): "[...] na nossa tradição ocidental, herdeira da moral judaico-cristã, o amor entre pessoas do mesmo sexo foi considerado e tratado como crime dos mais graves, equiparado ao regicídio e à traição nacional". Esse preconceito é visível até hoje, onde se pode notar a falta de comprometimento do Estado brasileiro para com o público LGBT.

⁴⁰ Segundo Foucault (2006), o valor do próprio ato sexual no cristianismo teria sido associado ao mal, ao pecado, à queda, à morte, ao que a antiguidade o teria dotado de significações positivas. A desqualificação das relações entre indivíduos do mesmo sexo foi, no cristianismo, excluída rigorosamente.

Diante das questões de gênero e desse preconceito imposto, é visível às diferenças de oportunidades existentes para homens que estão “de acordo com os padrões da sociedade”, as mulheres ou aqueles que não se “enquadram” na categoria de homem ou mulher. Esses homens que estão dentro do “padrão” conseguem os melhores empregos, são aqueles que conseguem as melhores oportunidades em tudo. Existe até diferença salarial mesmo quando uma mulher ocupa o mesmo cargo que um homem e quando se trata de uma pessoa LGBT existe o dobro de dificuldade para se conseguir certas oportunidades.

2.1 O ambiente escolar e as dificuldades no desenvolvimento profissional

No âmbito escolar ainda é muito difícil e pouco disseminado os debates sobre gêneros, onde isso é bastante preocupante, pois se sabe que na escola acontecem muitos casos de homofobia. Onde todos sabem que deveria sim existir os debates a respeito de gênero.

Nesse ambiente de discriminação muitos daqueles que sofrem por isso acabam por abandonar os estudos. “Esses preconceitos e discriminações atingem diretamente a construção dos perfis sociais, educacionais e econômicos, que, por sua vez, serão usados como elementos legitimadores da discriminação e violências contra elas” (JUNQUEIRA, 2009, p. 34)

Ou seja, são de extrema importância os debates de gêneros no âmbito escolar para que não existam problemas maiores no futuro. Deve-se existir o respeito e a tolerância, pois essas “diferenças” devem ser aceitas. Portanto, deve-se assegurar os direitos de educação dessa população, pois quando isso não é assegurado ocorre mais uma afronta aos direitos humanos. As escolas, devido ao preconceito e discriminação, são um lugar onde a homofobia institucional assume uma perspectiva latente e violenta. Pode-se conceituá-la como aquele processo que busca a invisibilidade da homossexualidade nas escolas, nos hospitais, na produção de leis e em qualquer outro âmbito que possa, minimamente, garantir algum direito a esses sujeitos. Trata-se da exclusão daquele que não se enquadra nos padrões normativos e, assim, tornam-se minorias sociais.

Para Silva (2003, p. 23):

As chamadas “minorias” precisam ter suas dificuldades elencadas para terem de fato visibilidade: misoginia, homofobia, racismo e lesbofobia precisam ser levantadas e devidamente combatidas, afinal a escola é parte da sociedade, e se queremos relações sociais sadias, devemos começar pela infância.

É possível observamos que a homofobia é a forma pela qual as instituições fecham os olhos diante desses indivíduos. Por trás dessas situações estão cultura de machismo e indiferença que, por exemplo, nas escolas, legitima a exclusão de LGBT's. Pode-se ligar essa exclusão ao conservadorismo.

Esse posicionamento que cerca a presença de pessoas LGBT's nas escolas, por exemplo, é marcado pela ausência de temas relacionados à sexualidade e à identidade de gênero. Pois, ainda se perpetua a ideia de gênero como aspecto de homens e mulheres. São incipientes projetos ou políticas públicas que busquem qualificar os profissionais para melhor lidar com questões de gênero, o que culmina em muitos constrangimentos, violências e desconfortos para essas pessoas.

No ambiente escolar é comum observar o preconceito e a discriminação como causa de desconforto pelas humilhações sofridas pelo público LGBT, tais afrontas vão desde o desrespeito de sua identidade de gênero até violências físicas e verbais.

Se analisado mais profundamente, as escolas têm sua parcela de responsabilidade por esses tipos de acontecimento, pois, elas não costumam tratar das diferenças abertamente, ainda consideram determinados assuntos como um tabu.

Na visão de Louro (1997, p.57):

Diferenças, distinções, desigualdades... a escola entende disso. Na verdade, a escola produz isso. Desde seus inícios, a instituição escolar exerceu uma ação distintiva. Ela se incumbiu de separar os sujeitos — tornando aqueles que nela entravam distintos dos outros, os que a ela não tinham acesso. Ela dividiu também, internamente, os que lá estavam, através de múltiplos mecanismos de classificação, ordenamento, hierarquização.

Devido a todas essas situações, essas pessoas acabam abandonando a escola, e, claro que, sem estudo, tudo fica mais difícil. Somada essa condição ao lado “agravante” de sua orientação sexual, as oportunidades de emprego ficam ainda mais escassas.

Diante disso observa-se que impera um processo de negação ao direito à educação a partir de processos de homofobia institucional, extremamente latente nas análises. E o abandono dos estudos ocorre, justamente, pelo fato dessas pessoas não aguentarem o enorme preconceito dentro do ambiente escolar. Embora o acesso à educação seja um direito de todos, a negação dessa garantia a essas pessoas tem fortes reflexos, por exemplo, no acesso ao mercado de trabalho.

No âmbito profissional o que chama a atenção é a falta de oportunidade, levando essas pessoas a trabalharem de maneira informal, ou, quando surgem algumas raras oportunidades são as mesmas culturalmente “preparadas” para esse público, que geralmente são oportunidades de trabalharem com estética e beleza.

Como foi dito anteriormente, o mercado de trabalho para o público LGBT tem ainda um pequeno espaço. Essa realidade apenas mostra o quanto à exclusão dessas pessoas é tratada como algo comum. Esse reflexo no mercado de trabalho está diretamente ligado à vivência dessas pessoas no ambiente escolar

A falta de adequação por parte das escolas é um dos principais fatores para o preconceito existente dentro delas, pois, elas deveriam se adequar as mais diversas situações, tornando o preconceito e a discriminação algo realmente ruim, punindo aqueles que os fizessem. Portanto, pode-se perceber que o acesso a políticas de educação, trabalho, entre outras, para o público LGBT ainda é mediado por elementos heteronormativos e de homofobia institucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo chega a seu fim constando que as pessoas do grupo LGBT convivem cotidianamente com marcadores de preconceito (educacionais, sociais, familiares, burocráticos) que contribuem para seu processo de invisibilidade e exclusão social. Também se constatou que existe um grande processo de estigmatização. Outro fato observado é com relação às políticas públicas, as quais ainda são muito rúpteis. Pois, apesar de pequenos avanços pontuais concernentes a direitos de pessoas LGBT's, mostram-se pouco eficazes para o alcance dos objetivos propostos.

Diante do exposto notou-se a fragilidade e a vulnerabilidade as quais são expostas LGBT's. Conclui-se que os direitos humanos e outras garantias básicas a essa população são constantemente feridas e relegadas, tanto pela sociedade quanto pelo Estado. Verificou-se a inequívoca diferença de oportunidades para as pessoas da população LGBT, como falta de emprego e de escolas que tratem da diversidade como algo normal, ausência de empatia e de profissionais habilitados para o atendimento a essas pessoas.

Ao final desse estudo, foi possível constatar e concluir que as condições de estigma e direitos Humanos das pessoas LGBT's são constantes e requerem maiores aprofundamentos e políticas sociais na esperança de um mundo onde as práticas de sororidade, assim como as observadas nesta pesquisa entre mulheres trans, sejam a tônica das relações humanas.

REFERÊNCIAS

- BENTO, BERENICE ALVES DE MELO. NA ESCOLA SE APRENDE QUE A DIFERENÇA FAZ A DIFERENÇA. REVISTA ESTUDOS FEMINISTAS, FLORIANÓPOLIS, V. 19, N. 2, P. 549-559, AGO. 2011.
- DIAS, MARIA BERENICE. MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIAS. 5. ED. SÃO PAULO: ED. REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2009.
- FOUCAULT, MICHEL. HISTÓRIA DA SEXUALIDADE II: O USO DOS PRAZERES. TRADUÇÃO DE MARIA THEREZA DA COSTA ALBUQUERQUE. RIO DE JANEIRO: EDIÇÃO GRAAL, 2006.
- GOFFMAN, EVING. ESTIGMA: NOTAS SOBRE A MANIPULAÇÃO DA IDENTIDADE DETERIORADA. 4ª. ED. RIO DE JANEIRO: LTC, 2008.
- JUNQUEIRA, ROGÉRIO DINIZ (ORG.). DIVERSIDADE SEXUAL NA EDUCAÇÃO: PROBLEMATIZAÇÕES SOBRE A HOMOFOBIA NAS ESCOLAS. BRASÍLIA: MEC/SECRETARIA DE EDUCAÇÃO CONTINUADA, ALFABETIZAÇÃO E DIVERSIDADE, UNESCO, 2009.
- LOURO, GUACIRA LOPES. GÊNERO, SEXUALIDADE, EDUCAÇÃO: UMA PERSPECTIVA PÓS-ESTRUTURALISTA. 3. ED. PETRÓPOLIS, RJ: VOZES, 1997.
- MOTT, LUIZ; CERQUEIRA, MARCELO. CAUSA MORTIS: HOMOFOBIA. VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E ASSASSINATO DE HOMOSSEXUAIS NO BRASIL - 1999. SALVADOR. EDITORA GRUPO GAY DA BAHIA, 2000.
- SILVA, TOMAZ TADEU DA. IDENTIDADE E DIFERENÇA: A PERSPECTIVA DOS ESTUDOS CULTURAIS. RIO DE JANEIRO: VOZES, 2000.

LETALIDADE POLICIAL, JUVENTUDE NEGRA - UM ESTUDO SOBRE FLUXO PROCESSUAL DE HOMICÍDIOS DECORRENTES DA ATUAÇÃO POLICIAL

Érica Babini Machado Orientadora (Direito/UNICAP)⁴¹

Carla Roberta de Araújo Albuquerque Silva (Direito/UNICAP)⁴²

Hugo Matheus de Castro Silva (Direito/UNICAP)⁴³

Resumo: O presente trabalho tem a finalidade de compreender o fluxo processual em casos de homicídio de jovens negros decorrente de oposição a intervenções policiais na cidade do Recife, PE, no período de 2014-2018. Jovens negros são os que mais morrem de forma violenta e em decorrência da atuação policial (WAISELFISZ, 2016), este grupo social passa por um processo de estigmatização que o coloca em situação de constante vigilância e perseguição pelos aparatos punitivos, de modo que a juventude negra não é apenas a que mais morre, como é a que mais é encarcerada no país.(INFOPEN, 2016). O racismo institucional dentro das polícias permite a existência de mecanismos como o de filtragem racial, que é utilizada por policiais na identificação de suspeitos, além do tirocínio policial, nomenclatura dada à experiência de rua que um policial adquire para identificar o suspeito ao primeiro olhar com base na fundada suspeita, é uma espécie de faro policial que decorre do treinamento e da formação. (SINHORETTO, 2014). O que se torna evidente é que a subjetividade do indivíduo negro é atrelada a uma ideia de criminalidade e desconfiança que aguça o faro policial, culminando num processo de imputação de violência extrema, tornando o jovem negro um alvo preferencial para um verdadeiro processo de extermínio. Em decorrência dessa hostilidade, os homicídios de jovens negros pela polícia acabam sendo atenuados por um discurso de autoridade que culpabiliza a vítima, cumpre também esclarecer que o artigo 292 do Código de Processo Penal regulamenta de maneira vaga os homicídios decorrentes de intervenção policial. A par dessas considerações, o objetivo é compreender o fluxo processual (RATTON, 2007; RIBEIRO, SILVA, 2010; OLIVEIRA, MACHADO, 2017) dos casos referidos de forma prospectiva, isto é, desde a polícia até o Poder Judiciário, a partir de dados fornecidos Secretaria de Defesa Social, através da Lei de Acesso à informação e da Secretaria de Saúde do Município, em que a consulta é realizada pelo susrecife, numa diretriz

⁴¹ Doutora em Direito. Professora da Pós-graduação da Universidade Católica de Pernambuco- UNICAP. Coordenadora do Grupo de estudo REJUCRIM – Rede de estudos juventudes & criminologias; ericababini@hotmail.com

⁴² Graduando em Direito. Pesquisador do Programa de Iniciação Científica – PIBIC/UNICAP. Membro do Grupo de estudo REJUCRIM – Rede de estudos juventudes & criminologias; carla.roberta@outlook.com

⁴³ Graduando em Direito. Pesquisador do Programa de Iniciação Científica – PIBIC/UNICAP. Membro do Grupo de estudo REJUCRIM – Rede de estudos juventudes & criminologias; hgmatheus6@gmail.com

metodológica de revisão bibliográfica. Enfim, o cenário de uma “epidemia da indiferença” (CERQUEIRA, COELHO, 2017) parece adequar-se à sociedade brasileira, cujos modos de operação do autoritarismo no campo da cultura do controle são evidenciados em práticas institucionais e guarda ligação direta com a tradição política excludente, escravocrata e repressiva (SINHORETTO; LIMA, 2015). Isto é, as raízes da violência refletem uma sociabilidade violenta, tão bem narrado pelo pensamento social brasileira (MACHADO DA SILVA, 2004).

Palavras chave: Letalidade policial. Juventude negra. Racismo.

Abstract: This article aims to understand the procedural flow in cases of homicide of black youths as a result of opposition to police interventions in the city of Recife, PE, in the period 2014-2018. Young blacks are the ones who die most violently and as a result of police action (WAISELFSZ, 2016), this social group undergoes a process of stigmatization that places it in a situation of constant vigilance and persecution by the punitive apparatuses, so that youth black is not only the one that dies the most, as it is the one that is most imprisoned in the country (INFOPEN, 2016). Institutional racism within the police allows the existence of mechanisms such as racial profiling, which is used by police to identify suspects, as well as “tirocínio policial” (police training), a nomenclature given to the street experience that a police officer acquires to identify the suspect at first glance based on the well-founded suspicion, is a kind of police light that stems from training. (SINHORETTO, 2014). What is evident is that the subjectivity of the black individual is linked to an idea of criminality and distrust that sharpens the police lighthouse, culminating in a process of imputation of extreme violence, making the young black a preferential target for a true process of extermination. As a result of this hostility, the murders of black young people by the police are mitigated by a speech of authority that blames the victim, it is also necessary to clarify that Article 292 of the Criminal Procedure Code vaguely regulates murders resulting from police intervention. In addition to these considerations, the objective is to understand the process flow (RATTON, 2007; RIBEIRO, SILVA, 2010; OLIVEIRA, MACHADO, 2017) prospectively, from the police to the Judiciary, from data provided by the Secretariat of Social Defense, through the Access to Information Act and the Municipal Health Department, where the consultation is carried out by SUSREPEC, in a methodological guideline for bibliographic review. Finally, the scenario of an “epidemic of indifference” (CERQUEIRA, COELHO, 2017) seems to fit the Brazilian society, whose modes of operation of authoritarianism in the field of control culture are evidenced in institutional practices and have a direct connection with tradition exclusionary, enslaved and repressive politics (SINHORETTO, LIMA, 2015). That is, the roots of violence reflect a violent sociability, so well narrated by Brazilian social thought (MACHADO DA SILVA, 2004).

Key words: Police lethality. Black youth. Racism.

INTRODUÇÃO

Os estudos sobre fluxo de justiça criminal no Brasil geralmente tendem a analisar a atrofia entre as ocorrências criminais e a quantidade de processos que chegam ao fim, ou levantam o tempo que se leva entre o fato e a sentença. A semelhança entre eles é que, de algum modo, esses trabalhos visam expor a ineficiência do Sistema de Justiça Criminal.

O fluxo processual se dá ao analisar os dados de que não é possível atender à demanda por punição devido à baixa efetividade da justiça criminal. A morosidade é só mais um indicativo que corrobora a tese de que não conseguimos processar e julgar devidamente todas as ocorrências e, somando-se aos fatores raciais e sociais que determinam muitas vezes a qualidade e importância da vítima, o resultado é uma ampla sensação de impunidade.

1. METODOLOGIA DA COLETA DE DADOS

1.1 Coleta de dados na Secretaria de Saúde do Recife

A metodologia deste artigo se atém à análise do fluxo processual dos casos de “morte por decorrência de intervenção policial”, antigamente chamado de “auto de resistência”, no estado de Pernambuco, com o acompanhamento do curso processual nas instituições do Sistema de Justiça Criminal, que consistem nas etapas da Polícia Militar e Civil, com a apuração das ocorrências criminais e produção dos inquéritos policiais, respectivamente, do Ministério Público com a denúncia, da Defensoria Pública com a produção de defesa, recursos, habeas corpus e, por fim, do Judiciário, na produção da sentença condenatória.

Esse percurso processual visa compreender a eficiência do sistema de justiça criminal, isto é, se é possível todo delito ser processado, se há a elaboração adequada do inquérito policial e o fator tempo hábil de processamento dos crimes apurados pela polícia e denunciados pelo Ministério Público (COSTA, 2015). Diante disso, para a apuração dos casos de “morte por decorrência de intervenção policial”, também pesquisados pela nomenclatura de “causas externas” e “homicídio por resistência”, nos dirigimos à Secretaria de Saúde do Recife, localizada na Av. Cais do Apolo, no dia 24 de agosto de 2018. A opção da ida à Secretaria de Saúde sucedeu a lógica de que toda morte constaria em registros de óbito, e daí, portanto, se investigar a *causa mortis*, selecionando as mortes por “causas externas”, “homicídio por resistência” ou “morte por decorrência de intervenção policial”. Tratamos, portanto, do afunilamento de dados.

Da Secretaria de Saúde do Recife fomos encaminhados, no mesmo dia, para a DEGTEs (Diretoria Executiva de Gestão no Trabalho e Educação na Saúde), localizada no bairro do Espinheiro, rua Alfredo de Medeiros, com a finalidade de obter permissão para que

podéssemos ter acesso aos dados de mortes em decorrência de “causas externas” da Secretaria de Saúde do Recife.

A informação transmitida pela DEGTEs nos submeteu à burocracia do preenchimento de formulários com dados a respeito da pesquisa no site do Susrecife, para avaliação, com a promessa de que num prazo de aproximadamente 15 dias haveria retorno via e-mail. Infelizmente, não recebemos resposta, muito menos qualquer informação.

1.2 Coleta de dados na Delegacia de Homicídios e Proteção à Pessoa

Na tentativa de coletar dados para fazer a análise do andamento dos processos envolvendo mortes em decorrência da atividade policial, foi realizado uma visita à DHPP (Delegacia de Homicídios e Proteção à Pessoa). O que foi observado é a falta de tato dos policiais para lidarem com a sociedade, desfilando com suas armas contribuía para tornar o ambiente ainda mais violento.

A violência simbólica em uma delegacia é algo assustador para um primeiro contato, a sensação de que você poder ser preso a qualquer momento por um simples erro fica impregnada na cabeça do visitante. O linguajar usado pelos policiais, fruto do treinamento, do convívio entre eles e até mesmo trazido das ruas, corrobora tornando o ambiente ainda mais ameaçador. É comum ouvir palavras racistas, sexistas e que colocam como “marginais” ou “bandidos” jovens presos nas ruas. Pudemos até mesmo presenciar um policial, que aparentava estar aposentado, provavelmente já havia passado dos 65 anos, ele mal podia andar mas ainda assim entrou na delegacia segurando um revólver na mão, uma clara falta de cuidado e até mesmo uma ameaça para os que ali estavam, mas o senhor foi muito bem recebido pelos policiais que nem sequer pediram que guardasse a arma.

Atendidos por um comissário, o grupo de pesquisa foi orientado a protocolar ofícios na SDS (Secretaria de Defesa Social), pois segundo o policial, não seria possível ter acesso aos dados ali uma vez que em um único prédio funcionam cinco delegacias de homicídios e não seria possível ter acesso aos inquéritos.

2. AUTO DE RESISTÊNCIA

O termo “auto de resistência” foi abolido pelo Conselho Superior de Polícia e substituído por “homicídio decorrente de oposição a intervenção policial”, por influência da Resolução nº 08 de 2012 da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. A razão por trás da mudança é a de que o termo auto de resistência e seus sinônimos, como “resistência seguida de morte”, transmitia a ideia de que houve resistência por parte da vítima à ação policial e que morte era resultado de legítima defesa do agente, com o desígnio de imputação de culpa à vítima.

A sacralização da presunção de inocência do policial suscita a ausência de investigação da conduta exercida por ele, já que este estaria acobertado pelo manto da excludente de ilicitude

da legítima defesa. A problemática se desenvolve, também, no próprio caput do art. 292 do Código de Processo Penal, que regulamenta de maneira vaga os homicídios decorrentes de intervenção policial. Tal dispositivo ao mesmo tempo em que permite ao policial o uso dos meios necessários para vencer a resistência, deixa de determinar e estabelecer quais seriam os limites desses meios.

Pensando nisso, a Resolução Conjunta n. 2 de 2015, do Conselho Superior de Polícia, disciplinou procedimentos internos a serem adotados pelas polícias judiciárias naquelas situações. Nesse caso, cabe ao delegado de polícia verificar a existência dos elementos de legítima defesa, justificada pela “oposição policial”, e tomar diversas providências, dentre elas a tramitação prioritária do inquérito policial que deverá ser comunicado ao Ministério Público e à Defensoria Pública, que seguirá o curso normal do procedimento administrativo.

O boletim do IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) publicado em agosto de 2018, “letalidade policial aumenta e aumentará se não houver freios eficazes e legítimos”, traz a estatística de que, no Brasil, entre os anos de 2009 e 2016, foram produzidas 22 mil mortes pelos agentes policiais.

A ausência da prestação de serviço adequada pelos agentes e a abstenção de instauração de inquérito policial para a apuração de abuso da força policial pelo Ministério Público, que é o órgão constitucionalmente imbuído para a fiscalização da prática policial, segundo o boletim acima citado, contribui para:

o custo de vidas de policiais e da população civil, da elevação da violência no padrão de atuação policial, do desgaste da confiança nas polícias e no desequilíbrio no sistema de freios e contrapesos necessários para uma sociedade democrática (IBCCRIM, 2018).

Solicitou o IBCCRIM, a criação de Ouvidorias Externas nas Polícias e nos próprios Ministérios Públicos, dado estar sob sua responsabilidade estabelecer e implementar limites para a atuação das corporações.

3. LETALIDADE DOS JOVENS NEGROS

A violência policial é uma realidade que persiste na sociedade brasileira; a instituição decorre de um ranço autoritário que não condiz com os ideais democráticos presentes na Constituição Federal de 1988. Essa instituição funciona no Brasil com caráter de guardião da paz social, um grupo que não se enquadra no ordenamento jurídico e age como se a ele não fosse subordinado, extrapolando suas funções e atuando em corriqueira ilegalidade.

Zaccone (2015, p. 74) faz uma reflexão a partir da análise de Valter Benjamin a respeito da polícia moderna, concluindo que:

O poder democrático passa assim a ser corrompido a partir do uso excepcional da violência policial, uma vez que essa violência é espectral, “que permeia toda a vida dos Estados civilizados” e está em toda parte, mesmo onde não está, sendo exercida de modo

ilegítimo por negar a separação presumida dos poderes, “legislando de modo sub-reptício, na clandestinidade”.

Os dados do 11º Anuário Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2017) revelam que, no ano de 2016, 4.222 pessoas foram mortas em decorrências de intervenções policiais Cíveis e Militares no país, ao passo que no mesmo ano foi registrado um número de 61.283 homicídios, o que quer dizer que as polícias são responsáveis por aproximadamente 6,9% das mortes no país.

Esse dado é alarmante, mas ao analisar o dado qualitativo a situação se agrava. Segundo o Anuário, essas vítimas de intervenções policiais são majoritariamente homens, 99,3%; a maioria tem entre 12 e 29 anos, correspondendo a 81,8%; e no que tange a raça, 76,2% são negros. Diante dos dados, a conclusão é de que ser jovem e negro no país é viver em constante situação de risco, porque faz da pessoa um alvo não só da criminalidade de rua, mas também das forças de segurança pública do Estado.

A lógica que perpassa a realidade não é nenhuma novidade na sociedade brasileira. Tendo em vista que o efetivo policial é composto majoritariamente por homens negros, e que a disposição do patrulhamento ostensivo das polícias militares se dá nas áreas onde há maior índice de pobreza e composto por uma população negra, sob a justificativa de ser ali onde os crimes mais acontecem, nos parece que o capitão do mato reestruturou suas funções e sobreviveu à abolição da escravatura.

Anteriormente imbuídos da responsabilidade de caçar e recapturar escravos fugitivos de suas senzalas, hoje o novo capitão do mato procura por jovens livres, mas que são estigmatizados devido a traços de sua existência ou personalidade, e quando não os mata, conduz para as neo-senzalas patrocinadas pelo Estado, para onde mandam os seres indesejáveis da sociedade.

O processo de identificação do suspeito construído nas ruas desmascara a seleção penal. O tirocínio policial é justamente a experiência de rua que um policial adquire para identificar o suspeito ao primeiro olhar com base na fundada suspeita, o que revela a existência de mecanismos como o de filtragem racial (SINHORETTO, 2014).

Através da filtragem de elementos que caracterizam o indivíduo, elementos esses que configuram o chamado de “kit peba” – que seriam as vestes, acessórios da cultura periférica do hip hop, funk e rap, tatuagens, a própria maneira de andar, a cor e a localidade –, o policial faz a identificação do suspeito. É a racialização que orienta a prática do tirocínio policial (SINHORETTO, 2014).

Em Recife-PE, tem-se a existência do termo informal “galeroso”, também utilizado no estado do Amazonas, para designar as pessoas ou um grupo social que preenchem as características do “kit peba” citado por Sinhoretto. O termo “galeroso” também leva em

consideração a linguagem própria dessas pessoas ou grupo, que são taxados como suspeitos potencializados para a prática de crime, numa perspectiva tão qual lombrosiana do homem delinquente. Taxados por esse termo que representa sinônimo de “trombadinha” e “maloqueiro” pela sociedade civil, a polícia nada mais faz do que satisfazer os interesses da branquitude e da classe média e alta. Isso contribui para a manutenção de poder de brancos e ricos, bem como da estigmatização da negritude e das culturas periféricas à marginalidade criminosa, o que caracteriza o *labeling approach*.

O conceito de *labeling approach*, “abordagem de rotulagem” na tradução literal, se atém à análise da construção social do crime. É um processo de etiquetamento social que atribui a criminalidade aos indivíduos que desviam de regras sociais.

Howard Becker, em *Outsider* (1963, p. 15), desenvolve que todos os grupos sociais constroem regras e tendem a impô-las, e que:

Quando uma regra é imposta, a pessoa que presumivelmente a infringiu pode ser vista como um tipo social, alguém de quem não se espera viver de acordo com as regras estipuladas pelo grupo. Essa pessoa é considerada um outsider.

O desvio, portanto, é criado pelas reações pessoais a tipos de comportamento. Sendo que o comportamento dos indivíduos só é compreensível a partir das interpretações que cada um faz dos mecanismos de interação social em que se encontra envolvido (BECKER, 1963).

A concepção da relação regras/quebra de regras utilizada por Becker (1963) para o estudo de grupos desviantes estabelece uma relativização que determina o desvio como falha em obedecer às regras do grupo. Analisando que as regras são impostas pela maioria dominante numa sociedade, e que o grupo de pessoas que praticaram o mesmo desvio fazem parte de um grupo homogêneo, Becker (1963) conclui que o crime não é a qualidade de um ato, mas um ato que é qualificado como criminoso; e essa qualificação ocorre por meio da reação das pessoas perante as peculiaridades do desviante, que aqui trazemos o jovem negro que carrega consigo sua cultura e sua localidade estigmatizadas socialmente pelas regras do grupo dominante.

No ano de 2017, o número de mortes violentas intencionais aumentou no país se comparado com o período anterior, atingindo a marca de 63.880 (FBSP, 2018). De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, a letalidade policial também aumentou, chegando em 5.144. Infelizmente, não há dados qualitativos nessa edição do anuário já disponível, portanto não é possível saber quem é essa vítima, mas com base no que já foi apresentado, é possível afirmar que os jovens negros continuam sendo maioria nas estatísticas.

Orlando Zaccone conduziu uma pesquisa na cidade do Rio de Janeiro em que se constatou as estratégias usadas pelo Ministério Público ao pedir o arquivamento dos processos que consiste na desconstrução da vítima de morte em decorrência de intervenção policial. A

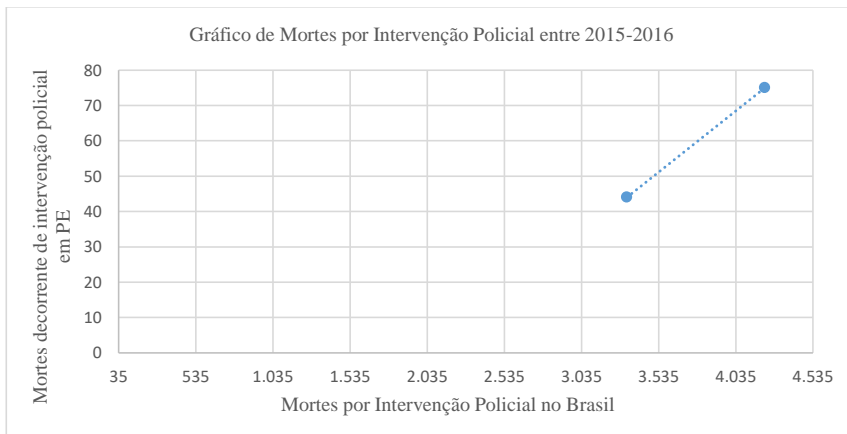
condição de criminoso é implícita ao território habitado, quer dizer, pobres em favelas são muito facilmente confundidos com traficantes. A presença de grupos do tráfico organizado em certas comunidades cariocas é suficiente para “ensejar a legitimidade das ações policiais na produção de cadáveres” (ZACCONE, 2015).

A qualidade da vítima alvo das forças de segurança pública é muito bem desenhada. A lógica do inimigo, uma construção teórica que embasa uma política de Estado, característica do Estado de polícia, se faz presente no desenho das atribuições da polícia no Brasil. A guerra às drogas no estado de Rio de Janeiro serve como justificativa para as práticas autoritárias que são perpetradas no estado, principalmente na capital. Os acontecimentos recentes, do uso das forças armadas para compor o patrulhamento ostensivo no estado do Rio, segue uma matemática básica; o uso do exército deixa claro: uma guerra está sendo travada e civis irão morrer como uma consequência necessária à persecução da vitória.

A nossa pesquisa tem como base o estado de Pernambuco. No entanto, muitas dificuldades foram encontradas na coleta de dados por se tratar de ano eleitoral, o que certamente ensejou maior ocultação a respeito das informações sobre mortes em decorrência de intervenção policial. Por isso recorreremos aos dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, uma vez que a SDS (Secretaria de Defesa Social) não havia atendido o nosso pedido de divulgação de informações.

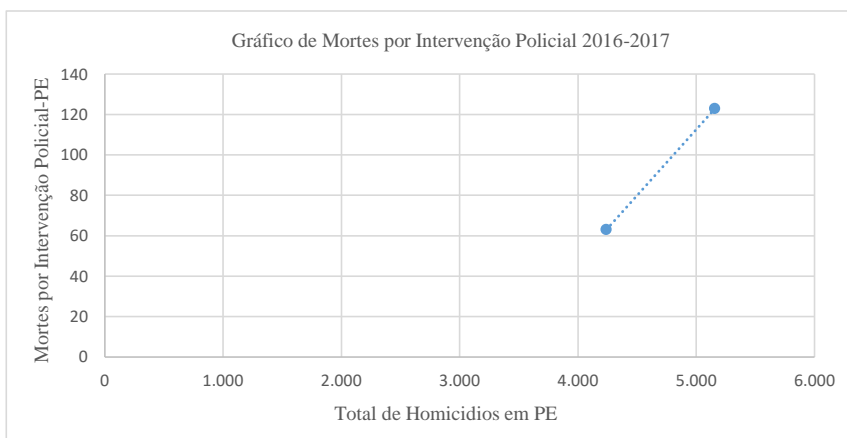
Segundo o Anuário, 75 pessoas foram mortas por policiais no estado de Pernambuco (FBSP, 2017), um número que diz respeito apenas aos policiais em serviço, tanto civis como militares. Não há informações sobre a raça dessas pessoas, o que já revela a falta de preocupação em identificar por estados quem são essas pessoas, invisibilizando seus corpos e tornando mais fácil o extermínio de uma parcela da população facilmente esquecida.

O gráfico a seguir, montado de acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2017, indica que em 2015 houve 44 mortes decorrentes de intervenção policial em Pernambuco do total de 3.330 no país. Já em 2016, houve 75 mortes decorrentes de intervenção policial, de policiais civis e militares em serviço, do total de 4.223 mortes no Brasil.



Fonte: Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2017

Segundo o Anuário Brasileira de Segurança Pública de 2018, em 2016 houve 64 mortes por intervenção policial no estado de Pernambuco em relação a 4.240 no país, ocorrendo aumento no estado em 2017 para 123 mortes, contabilizando no Brasil o total de 5.159 mortes em decorrência de intervenção policial. A seguir o gráfico de acordo com o ABSP 2018.



Fonte: Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2018

Em termos de aumento de mortes por intervenção policial no estado de Pernambuco de 2015 para 2017, esse foi de 279,5%, ao passo que no Brasil o aumento de mortes por intervenção policial nesse mesmo período foi de 156,3%.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo faz uma análise crítica das estatísticas do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2017 e de 2018. Infelizmente, pela ausência de dados coletados no estado de Pernambuco, a equipe não conseguiu realizar a análise qualitativa das vítimas que sofreram a intervenção policial no estado, restringindo-se apenas a análise quantitativa nos Anuários de Segurança Pública de 2017 e 2018, pois os respectivos Anuários não possuem dados qualitativos das vítimas quanto ao estado de Pernambuco. Do ponto de vista de mortes por intervenção policial no Brasil, os Anuários trouxeram dados qualitativos e quantitativos.

Em suma, a alteração da nomenclatura “auto de resistência” para “mortes por decorrência de intervenção policial” em 2012, a fim de que se conduza investigação a respeito do abuso da força policial e do combate à impunidade desses agentes, mostra que esse escopo não foi atendido quando nos atemos à análise das estatísticas do Anuário de 2017 e 2018, os quais apresentam acréscimos da letalidade policial.

Embora se tenha esse movimento, sua proposta resta prejudicada pela cultura opressora da sociedade que legitima a violência policial nas operações nas periferias, construindo a ideia do herói salvador da pátria que irá pôr fim na criminalidade e restaurar a paz social, não importando quais meios serão utilizados, desde que se consiga exterminar a ameaça. Todo um teatro midiático projetado em operações e intervenções que exalam as ideias do grupo dominante, que definem quem está na esfera do direito e quem está na esfera do não direito, sobre os quais se poderá utilizar toda a força policial, por serem indignos de vida. Ela é treinada para caçar os indesejáveis e deletá-los do convívio social através de políticas de genocídio do Estado brasileiro, cuja prática é naturalizada pela sociedade dominante que confere legitimidade ao uso dessa força.

Evidencia-se, neste artigo, também, a sensação de impunidade aos agentes policiais civis e militares, numa prática dos promotores de justiça em desvirtuar a interpretação dos elementos contidos na legítima defesa. Expressões como “perigo iminente” e “meios necessários” são utilizadas nos processos atreladas à localidade da vítima e ao seu “grau de periculosidade”, apontando uma realidade na qual o Brasil não se desvincula da perspectiva lombrosiana do homem delinquente nem na cultura social e muito menos nos altos cargos de carreiras jurídicas.

REFERÊNCIAS

ALBERNAZ, ELIZABETE RIBEIRO. "FARO POLICIAL": UM ESTUDO DE CASO ACERCA DOS CRITÉRIOS DE CONSTRUÇÃO E OPERAÇÃO DE PADRÕES DE SUSPEIÇÃO E SELETIVIDADE NA AÇÃO POLICIAL. ANAIS DO 39º ENCONTRO ANUAL ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS, 2015.

ANISTIA INTERNACIONAL. VOCÊ MATOU MEU FILHO! HOMICÍDIOS COMETIDOS PELA POLÍCIA MILITAR NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO. RIO DE JANEIRO: ANISTIA INTERNACIONAL, 2015.

BECKER, HOWARD S. 2015 [1963]. OUTSIDERS. ESTUDOS DE SOCIOLOGIA DO DESVIO. RIO DE JANEIRO: ZAHAR.

CERQUEIRA, DANIEL; COELHO, DANILO SANTA CRUZ. DEMOCRACIA RACIAL E HOMICÍDIOS DE JOVENS NEGROS NA CIDADE PARTIDA. TEXTO PARA DISCUSSÃO. BRASÍLIA, JANEIRO, 2017.

COSTA, ARTHUR TRINDADE M. A (IN)EFETIVIDADE DA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DO FLUXO DE JUSTIÇA DOS HOMICÍDIOS NO DISTRITO FEDERAL. DOSSIÊ: POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA E JUSTIÇA. CIVITAS, PORTO ALEGRE, V.15, N. 1, P.11-25, JAN. – MAR. 2015.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA - FBSP. ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. SÃO PAULO, 2018.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA - FBSP. ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. SÃO PAULO, 2017.

IBCCRIM – INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. LETALIDADE POLICIAL AUMENTA E AUMENTARÁ DE NÃO HOUVER FREIOS EFICAZES E LEGÍTIMOS. AGOSTO, 2018.

LIMA, RENATO SÉRGIO. ENTRE PALAVRAS E NÚMEROS. VIOLÊNCIA, DEMOCRACIA E SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL. SÃO PAULO: ALAMEDA, 2011.

MISSE, MICHEL. NÚCLEO DE ESTUDOS DA CIDADANIA, CONFLITO E VIOLÊNCIA URBANA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. RELATÓRIO FINAL DE PESQUISA – “AUTOS DE RESISTÊNCIA”: UMA ANÁLISE DOS HOMICÍDIOS COMETIDOS POR POLICIAIS NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO (2001-2011). RIO DE JANEIRO, 2011.

OLIVEIRA, MARCUS VINICIUS BERNO N. DE; MACHADO, BRUNO AMARAL. A ANÁLISE DO FLUXO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL (SJC) COMO TÉCNICA DE PESQUISA EMPÍRICA NO DIREITO E NO CAMPO DA SEGURANÇA PÚBLICA. REVISTA DIREITO E PRÁXIS, RIO DE JANEIRO, 2017.

RATTON, JOSÉ LUIZ; CIRENO, FLAVIO. VIOLÊNCIA ENDEÊMICA: RELATÓRIO DE PESQUISA: HOMICÍDIOS NA CIDADE DO RECIFE: DINÂMICA E FLUXO NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL. REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO. V.1, N.1, PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA, 2007.

RIBEIRO, LUDMILA; SILVA, KLARISSA. FLUXO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO: UM BALANÇO DA LITERATURA. CADERNOS DE SEGURANÇA PÚBLICA, ANO 2, N. 1, 2010.

SINHORETTO, JACQUELINE; ET ALL. A FILTRAGEM RACIAL NA SELEÇÃO POLICIAL DOS SUSPEITOS: SEGURANÇA PÚBLICA E RELAÇÕES RACIAIS. IN: BRASIL. SEGURANÇA PÚBLICA E DIREITOS HUMANOS: TEMAS TRANSVERSAIS. BRASÍLIA: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014.

ZACCONE, ORLANDO. INDIGNOS DE VIDA – A FORMA JURÍDICA DA POLÍTICA DE EXTERMÍNIO DE INIMIGOS NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO. RIO DE JANEIRO: REVAN, 2015.

WASELFISZ, JULIO JACOBO. MAPA DA VIOLÊNCIA. HOMICÍDIOS POR ARMA DE FOGO NO BRASIL. FLACSO BRASIL, 2016.

EM BUSCA DA EFETIVA PROTEÇÃO ÀS MULHERES NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

Alessandra Tauk Santos⁴⁴

Orientadora: Margarida Cantarelli

RESUMO: A execução de uma parlamentar em plena via pública no Rio de Janeiro, com quatro tiros na cabeça, por pistola de 9 mm, ironicamente, no mês de março, em que tradicionalmente se celebra o dia internacional da mulher, nos impele a refletir sobre o que estão fazendo com as mulheres no mundo contemporâneo. Notadamente sob a óptica do Direito no Brasil. Tradicionalmente, o Direito ocupa um lugar de poder masculino, revelando-se uma instituição conservadora, sexista, voltada a serviço de um poder dominante, em detrimento de grupos subjugados. É possível afirmar que a esfera pública do Estado e do Direito é culturalmente pertencente ao mundo masculino. Vale ressaltar que, mais do que a postura dos homens, o que influencia o direito masculino é a cultura do patriarcado, que como assinala Ana Lucia Sabadell (2003) é também praticada pelas mulheres. É nesse sentido que o objetivo principal do presente estudo é analisar a posição da mulher no ordenamento jurídico pátrio. Especificamente, o que se quer compreender é se o aparato legal existente no Estado brasileiro está sendo capaz de proteger de forma eficaz os direitos fundamentais das mulheres. A fundamentação teórica se apoia em SABADELL (2003); no Atlas da violência (2017); na lei Maria da Penha (2006) e na lei do Feminicídio (2015). Trata-se de estudo qualitativo utilizando como técnica de pesquisa a recuperação bibliográfica, com recurso à doutrina e à jurisprudência pertinente ao tema, bem como aos textos de lei. O estudo evidenciou que mesmo com a incessante luta das mulheres por seus direitos fundamentais e com o relativo avanço na garantia de tais direitos pelo poder público, os mais elementares, como o direito à vida, à liberdade em sentido amplo e a igualdade ainda são constantemente violados. O ordenamento jurídico brasileiro não tem sido capaz de diminuir o alto índice da criminalidade contra as mulheres.

Palavras-chave: Mulher. Efetiva proteção. Direito brasileiro contemporâneo.

ABSTRACT: The execution-style shooting of a female legislator in Rio de Janeiro during the March celebrations of International Women's Day, prompts a reflection on the treatment of women in today's world. The Brazilian Legal System is traditionally represented by a mostly male, conservative, sexist mentality that serves and maintains the status quo of the dominant

⁴⁴ Mestranda em Direito pela Faculdade Damas. Analista judiciária do TRF5. alessandrasantos865@hotmail.com

group while oppressing the other groups. The State and the Law culturally belong to the masculine world. A patriarch culture more powerfully establishes this view, influencing male-dominant laws also used by women, as Ana Lucia Sabadell (2003) points out. Taking this concept into consideration, the main objective of this study is to analyze the position of women within the Judicial System and whether the legal apparatus of the Brazilian State is able to effectively protect women's fundamental rights. The theoretical basis for this study is SABADELL (2003); the Atlas of Violence (2017); the Maria da Penha Law (2006) and the Law of Femicide (2015). The study follows a qualitative approach using bibliographical retrieval as a research technique, legal doctrine and jurisprudence relevant to the theme, as well as legal texts. It reveals that, despite women's unremitting struggle for their fundamental rights and the relative engagement by the public powers in guaranteeing these rights, the most fundamental of them such as the rights to life, freedom and equality, are still constantly violated. It also points to the fact that the Brazilian legal system has not been able to reduce the high crime rate against women.

Keywords: Woman. Effective protection. Contemporary Brazilian law.

INTRODUÇÃO

A execução de uma parlamentar em plena via pública no Rio de Janeiro, com quatro tiros na cabeça, por pistola de 9 mm, ironicamente, no mês de março, em que tradicionalmente se celebra o dia internacional da mulher, nos impele a refletir sobre o que está acontecendo com as mulheres no mundo contemporâneo. Notadamente sob a ótica do Direito no Brasil.

Tradicionalmente, o Direito ocupa um lugar de poder masculino, revelando-se um sistema conservador, sexista, a serviço de um poder dominante, em detrimento de grupos subjugados. É possível afirmar que a esfera pública do Estado e do Direito é culturalmente pertencente ao mundo masculino. Vale ressaltar que, mais do que a postura dos homens, o que influencia o direito masculino é a cultura do patriarcado que, como assinala Ana Lucia Sabadell (2003), é também praticada pelas mulheres.

Para Heleieth Saffioti (2004) o conceito de patriarcado está relacionado com a dominação material, sexual e simbólica dos homens sobre as mulheres, atingindo todos os segmentos da sociedade, da esfera privada à pública, da sociedade civil ao Estado, representando uma estrutura de poder baseada tanto na ideologia quanto na violência. A cultura do patriarcado opera seus efeitos, inclusive, no direito sucessório a exemplo das heranças e sucessões de trono nas monarquias.

Em pleno século XXI, vivemos uma sociedade altamente complexa, denominada por muitos pensadores contemporâneos de "Pós-Modernidade" ou "Modernidade Líquida" (BAUMAN, 2001). As relações sociais são fugazes, isto é, se transformam e se conectam com muita

rapidez. O que hoje parece certo amanhã pode se tornar equivocado, assim todos precisam ser “flexíveis” tornando os laços humanos precários, o que reflete, certamente, no mundo jurídico.

Na verdade, a sociedade vem se modificando em razão de fatores como a globalização, as tecnologias da informação e comunicação, a luta pelo reconhecimento de grupos excluídos e as novas formas de reprodução humana, entre outros avanços. De modo que, podemos afirmar que estamos em um momento de transição e construção de novos valores, já que os tradicionais princípios da liberdade, igualdade e fraternidade, passam a contar com novos contornos. Assim, a novel identidade social repercute em vários aspectos das relações humanas particularmente no que se refere à condição da mulher nesse contexto.

No campo do direito, os estudos feministas indicam dois tipos de problemas: a existência de normas que discriminam a mulher e a aplicação das normas de forma que discrimina as mulheres, (SABADELL, 2003). A exemplo de expressões como, desonra própria, mulher honesta, crime contra os costumes.

Aliás, Guacira Lopes Louro (2001) defende que pensemos numa concepção mais ampla de gênero, já que os sujeitos se fazem homem e mulher num processo construído a partir de práticas sociais masculinizantes e feminizantes, em consonância com as diversas concepções de cada sociedade, isto é, o gênero é uma categoria inserida nas instituições sociais, a exemplo da escola, da igreja e da justiça.

Por sua vez, Judith Butler (2003) observa que a liberdade de buscar uma expressão de gênero só pode ser garantida em uma sociedade que se recusa a aceitar a violência contra mulheres que não são suficientemente subservientes e muitas vezes pagam com a própria vida.

No Brasil, desde o ano de 2005 existe a central de atendimento à mulher em situação de violência, oferecido pela Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, através do ligue 180. Por seu turno, a Lei nº 11.343/2006 (Maria da Penha) inaugurou uma nova vertente acerca dos direitos humanos das mulheres, contribuindo para o enfrentamento da chamada violência de gênero. Sobretudo considerando que a maioria dos atos de violência praticados em razão da simples circunstância de que a vítima é mulher ocorre normalmente em ambiente familiar e doméstico. Sendo o autor, em regra, pessoa das relações da vítima e não um mero desconhecido.

A mencionada lei, além dos aspectos penais como aumento de pena, vedação à substituição da pena e o fato de só admitir a renúncia à representação da vítima perante o juiz cuidou detalhadamente de conceituar a violência doméstica e familiar. Além de definir medidas integradas de proteção à mulher, sem fazer qualquer distinção quanto a sua orientação sexual, raça ou etnia.

Ainda na tentativa de desestimular a prática de violência contra a mulher, no aspecto da liberdade sexual, foram editadas a Lei nº 12.015/09, que disciplina os crimes contra a

dignidade sexual, endurecedendo as penas para crimes como estupro, por exemplo e a Lei 13.718/18, que pretende coibir a prática de atos libidinosos, sem anuência, por exemplo, em transportes públicos, prática denominada de importunação sexual.

Em 2015, foi aprovada a Lei nº 13.104, a lei do feminicídio, crime de morte cometido contra uma mulher pelo fato de ser mulher, com a pena equivalente a prevista para o homicídio qualificado de 12 a 30 anos, sendo, portanto, considerado crime hediondo.

É indiscutível a importância do mencionado aparato legal, em um país que ocupa os primeiros lugares no ranking global de homicídios de mulheres. Entretanto, é fundamental observar a eficácia das normas pelo nível de cumprimento dentro da prática social, já que, como aponta Sabadell (2003), a lei é considerada socialmente eficaz quando é respeitada por seus destinatários ou quando uma violação é efetivamente punida pelo Estado.

Nesse sentido, o objetivo principal do presente estudo é analisar a posição da mulher no ordenamento jurídico pátrio. Especificamente, o que se quer compreender é se o aparato legal existente no Estado brasileiro está sendo capaz de proteger de forma eficaz os direitos fundamentais das mulheres.

1. A EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA NO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A Lei nº 11.343/2006, denominada de lei Maria da Penha, como visto anteriormente, inaugurou uma nova vertente acerca dos direitos humanos das mulheres, contribuindo para o enfrentamento da chamada violência de gênero. Sobretudo considerando que a maioria dos atos de violência praticados em razão da simples circunstância de que a vítima é mulher ocorre normalmente em ambiente familiar e doméstico, sendo o autor, em regra, pessoa das relações da vítima e não um mero desconhecido.

Sobre o impacto da referida lei na diminuição da violência contra a mulher é possível observar que, apesar do aumento do número de denúncias, o aparelho estatal ainda não está pronto para cumprir as medidas legais impostas para garantir a efetiva proteção às mulheres. A exemplo do acolhimento emergencial à vítima, preferencialmente nos centros de referência da mulher, apesar dos avanços perpetrados pelo poder judiciário, como no caso da emblemática decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal segundo a qual a lesão corporal praticada no âmbito doméstico não é delito de pequeno potencial ofensivo. Não havendo, portanto, necessidade de representação da ofendida.

Vale ressaltar que a falta de expectativa de punição dos agressores, no caso de lesões corporais, por exemplo, tem reduzido, ao longo do tempo, a eficácia do canal comportamental que, a princípio, enfatizava a prevenção da violência doméstica pela possibilidade de punição, com a prisão do infrator.

Outro fator que merece relevo, além do temporal, na luta pelo combate a violência contra a mulher, são as especificidades locais como o acesso a armas de fogo e o uso de bebida alcoólica dependendo da região.

Para além da responsabilidade estatal é imprescindível a construção de uma nova mentalidade na própria sociedade, inclusive nas escolas, no intuito de reconhecer a igualdade entre homem e mulher. Rechaçando o poder do homem sobre o corpo da mulher e conscientizando as vítimas de violência da desnecessidade de continuar se submetendo a tais atos, (DIAS, 2015).

Ainda sobre a efetividade da lei Maria da Penha, os estudos realizados pelo IPEA demonstram que após a promulgação da referida lei houve uma certa contenção da violência doméstica, sobretudo, se levarmos em conta os padrões de violência locais. No entanto ainda há um longo caminho a ser percorrido para se conseguir uma diminuição mais substancial e duradoura, sobretudo na violência extrema que é a letalidade de mulheres. Particularmente em uma sociedade ainda dominada pela ideologia patriarcal, que define as relações de poder entre homens e mulheres e permeia o próprio sistema de justiça criminal.

Aliás, Sabadell (2003) verifica que a cultura patriarcal ao tornar invisível a violência praticada em sua plenitude contra a mulher, contribui para o aumento, inclusive no âmbito penal, da violência contra a mulher, mesmo com o desenvolvimento de políticas públicas e da jurisdição da violência doméstica.

Em recente pesquisa sobre a aplicação da lei Maria da Penha a professora de Direito Penal da UFPE, Marília Montenegro (2015) observou que a justiça criminal não se apresenta como solução eficaz na superação dos conflitos familiares ou até mesmo na prevenção da violência doméstica contra a mulher. Considerando que as vítimas muitas vezes se veem desencorajadas a denunciar o agressor, que poderá ser punido gravemente, já que geralmente é um parente por quem elas têm uma relação afetiva.

Ainda sobre a efetividade da mencionada legislação no combate à violência contra a mulher, é importante destacar que tratar tal problema exclusivamente pelo viés punitivista, por meio da criminalização de condutas, sem promover políticas educacionais de combate à cultura patriarcal, praticada inclusive pelo Estado e pelo direito, não trará avanços significativos no combate à violência de gênero. Apesar de o direito, ao contrário da educação, não ter o condão de transformar a sociedade, Estado e direito tem um grande papel na mudança do comportamento das pessoas, por serem instituições que regulam a vida social.

A própria Maria da Penha, em entrevista no Programa Roda Viva da Rede Cultura, exibido em 26/11/2018, declarou que o atendimento precário nas delegacias, a demora nos processos e a falta de credibilidade nos depoimentos das vítimas, são fatores que dificultam a plena aplicação da lei que leva o seu nome. Inclusive pela falta de conhecimento do funcionamento do referido diploma legal, sobretudo nos aspectos de proteção a outras formas de violência,

que não seja a física, a exemplo da psicológica. Ela ressaltou, ainda, a existência das chamadas vítimas invisíveis da violência doméstica, que geralmente são os filhos das partes envolvidas, que sofrem abalos psicológicos, físicos e até mesmo letal.

Fica evidenciado, portanto, que para o Estado proteger efetivamente os direitos fundamentais das mulheres precisa abandonar a ideologia punitivista e patriarcalista.

2. OS AVANÇOS LEGAIS NO COMBATE AOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

O vetusto Código Penal de 1940 tratava os crimes contra a liberdade sexual como crimes contra o costume. Coube a Lei nº 12.015/09, ao tratar de tais crimes, além de mudar a nomenclatura para crimes contra a dignidade sexual, o que já representou um avanço, conferiu nova redação ao art. 213 do Código Penal e endureceu as penas para os crimes de estupro. Ampliando o seu conceito para os casos que na lei anterior eram tratados apenas como atos libidinosos. Dessa forma, gestos que causem constrangimento, como carícias forçadas, poderão ser enquadrados como estupro e o acusado, em caso de condenação pela Justiça, pode ser submetido a uma severa pena de reclusão.

Outro passo relevante no intuito de proteger as vítimas de violência sexual foi a aprovação da Lei nº 12.845/2013 que dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual, no âmbito do SUS, inclusive independente da realização de boletim de ocorrência.

A respeito da aplicação da lei nos casos de crimes contra a dignidade sexual, Sabadell (2003), ao analisar a jurisprudência brasileira, verifica o desprestígio do relato das vítimas de tais crimes, talvez pelo próprio machismo presente no judiciário, inclusive por parte dos membros femininos do referido poder. Vale salientar que a mudança de paradigma no intuito de prestigiar o depoimento das vítimas de crimes sexuais tem a ver com descobertas da ciência sobre como as mulheres reagem a situações de ameaça. Já que tem vítimas que simplesmente ficam sem reação imediata, o que não significa, na prática, o consentimento com o ato praticado.

Ainda sobre o enfrentamento dos crimes contra a dignidade sexual, recentemente foi aprovada a Lei nº 13.718/18, a denominada lei da importunação sexual. Tal diploma legal pretende coibir a prática de atos libidinosos contra alguém, sem sua anuência, por exemplo, em transportes públicos e que antes eram tratados como mera contravenção penal. Além disso a lei criminaliza a divulgação de cena de estupro e aumenta a pena nos casos de estupro coletivo, quando há dois ou mais agressores e estupro corretivo, se o crime ocorre para controlar o comportamento social ou sexual da vítima.

Apesar de muito recente, já é possível observar uma falha grave na novel legislação, no tocante a titularidade da respectiva ação penal que agora passa a ser pública incondicionada,

retirando da vítima a liberdade de autorizar ou não a persecução penal. O que muitas vezes leva a revitimização através de novo constrangimento promovendo, dessa forma, mais violência. Além disso, a conduta de importunação sexual não inclui o assédio sexual verbal, tornando atípica a conduta de falar obscenidades para as mulheres em locais públicos. Sobre a redução da violência sexual contra as mulheres, é possível observar que o legislador insiste na mesma estratégia de agravar penas, contudo, sem uma mudança cultural e do próprio sistema de justiça para acolher as mulheres vítimas desse e de outros tipos de violência, não se vislumbra o resultado esperado da redução das práticas violentas, a conferir.

3. OS PRIMEIROS EFEITOS DA LEI DO FEMINICÍDIO NO BRASIL

Recentemente, em 2015, foi aprovada a Lei nº 13.104, a lei do feminicídio, crime de morte cometido contra uma mulher pelo fato de ser mulher, com a pena equivalente a prevista para o homicídio qualificado de 12 a 30 anos, sendo, portanto, considerado crime hediondo.

Segundo o Atlas da Violência de 2017, entre 2005 e 2015, houve um aumento de 7,5% na taxa de homicídios de mulheres no Brasil. No intervalo analisado pelo relatório o número de morte de mulheres saltou de 3.887, registrados em 2005, para 4.621, em 2015.

As estatísticas mostram um quadro ainda mais dramático quando se refere à população de mulheres negras. O estudo demonstra que o número de morte de mulheres negras aumentou 22% no mesmo período – chegando a 5,2 ocorrências para cada 100 mil mulheres. Contra uma redução de 7,4% em relação às mulheres não negras no intervalo analisado – atingindo 3,1 casos para cada 100 mil mulheres.

Foi observado o acréscimo na proporção de mulheres negras que morreram no Brasil entre o total de mulheres vítimas de mortes por agressão. O percentual passou de 54,8% em 2005, para 65,3% em 2015. Dessa forma, 65,3% das mulheres assassinadas no Brasil no último ano eram negras. Demonstrando que a combinação entre desigualdade de gênero e racismo é extremamente perversa e configura variável fundamental para compreendermos a violência letal contra a mulher no país, conforme aponta o referido Atlas (2017).

Vale salientar que o estudo ainda não foi capaz de identificar, nos casos de agressão letal contra mulher, as vítimas que correspondem a casos motivados pelo gênero, considerando que a lei do feminicídio é muito recente (março/2015).

Entretanto, não são raros de se encontrar, na grande mídia, o relato de crimes dessa natureza. Como por exemplo, os casos de quatro mulheres que foram mortas pelos companheiros ou ex-namorado, no final de semana do feriado de 12 de outubro e do homem que matou a tiros a ex-mulher e ex-cunhada, no domingo 25 de novembro, todos no Estado de São Paulo. Ou o que envolveu mãe e filha vítimas de feminicídio, pelo ex-companheiro e ex-genro. Além da mulher que teve a vida ceifada em decorrência de acidente automobilístico provocado por seu ex-marido, de acordo com a conclusão do respectivo inquérito policial, esses últimos casos

em Pernambuco, no final de semana do feriado de 02 de novembro, todos os episódios no ano de 2018.

Mesmo com a incessante luta das mulheres por seus direitos fundamentais, como nos episódios envolvendo as cangaceiras da região nordeste do Brasil, no início do século XX, que sofriam violências absurdas, inclusive estupros, além das constantes ameaça de morte (NEGREIROS, 2018). E mais recentemente, apesar do relativo avanço na garantia de tais direitos pelo poder público, como a criação do Serviço de Proteção às Mulheres Ameaçadas de Morte pela Violência de Gênero, em Pernambuco, as mulheres continuam a serem vítimas da violação dos seus direitos mais elementares. Como o direito à vida, à liberdade em sentido amplo e à igualdade, sobretudo dentro dos seus próprios lares. O ordenamento jurídico brasileiro não tem sido capaz de diminuir o alto índice da criminalidade contra as mulheres, em parte pelo medo que a vítima tem do julgamento da sociedade. Que tende a culpar a própria vítima pelos crimes ocorridos, principalmente, no âmbito doméstico e familiar, sendo o feminicídio o mais extremo deles que normalmente não é o primeiro a ser praticado.

Sobre o caso emblemático do assassinato da vereadora Marielle, que pode ser visto como a violência contra a mulher negra que almeja chegar ao poder, o Secretário de Segurança Pública do Rio de Janeiro, general Richard Nunes, afirmou oito meses após o crime, que a polícia trabalha para produzir provas cabais antes que o inquérito seja enviado para a justiça. De forma que os denunciados não sejam inocentados.

Essas considerações a respeito da posição da mulher no Brasil contemporâneo, sob a ótica do direito, demonstram que o arcabouço legislativo elaborado de cima para baixo, estabelecendo que violência contra a mulher é crime, sem sensibilizar os operadores do direito, não vem surtindo o efeito desejado no intuito de garantir os direitos fundamentais das mulheres em nosso país.

É possível, entretanto, reconhecer que o Brasil vem se esforçando em enfrentar a violência contra a mulher, a partir do tratamento jurídico da questão. Como por exemplo, a recente aprovação no Congresso Nacional da lei que agrava a pena do feminicídio nos casos em que o agressor descumprir medidas protetivas da lei Maria da Penha ou medida que suspenda a posse ou restrinja o porte de armas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo propôs-se a analisar a posição da mulher no ordenamento jurídico pátrio, notadamente a eficácia do aparato legal existente no Estado brasileiro na proteção dos direitos fundamentais das mulheres, a exemplo do direito à vida e à liberdade em sentido amplo.

Para atingir tal desiderato, examinaram-se a lei Maria da Penha (2006), a lei dos crimes contra liberdade sexual (2009) e a recente lei do feminicídio (2015), no intuito de compreender se a

novel legislação brasileira e sua aplicação tem sido capaz, ao menos de reduzir a violência contra a mulher.

Verificou-se através do pensamento de autoras feministas, como por exemplo, SABADELL (2003), que a cultura patriarcal ao tornar invisível a violência praticada em sua plenitude contra a mulher, já que o machismo não é percebido negativamente pela comunidade, tampouco pelas autoridades, contribui para o aumento, inclusive no âmbito penal, da violência contra a mulher. Mesmo com o desenvolvimento de políticas públicas e da jurisdição da violência doméstica.

Como se pretendeu destacar, para uma efetiva redução dos índices de violência contra a mulher, inclusive os crimes letais, é necessário um adequado aparelhamento estatal para acolher as vítimas iniciais, inclusive com medidas protetivas mais eficazes com a prisão dos agressores e política de reeducação dessas pessoas. Apesar de o direito, ao contrário da educação, não ter o condão de transformar a sociedade, Estado e direito tem um grande papel na mudança do comportamento das pessoas, por serem instituições que regulam a vida social.

Constatou-se que para o Estado proteger efetivamente os direitos fundamentais das mulheres precisa abandonar a ideologia punitivista e patriarcalista. Por outro lado, é sempre bom lembrar que o direito não se presta a educar a sociedade, aí é que devem entrar as políticas públicas, no intuito de educar as pessoas para compreenderem que: o machismo mata, ser mulher não é crime e “em mulher não se bate nem com uma flor” (CAPIBA, 1904-1997).

REFERÊNCIAS

ATLAS DA VIOLÊNCIA. RIO DE JANEIRO: ESTUDO ELABORADO PELO INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA) E PELO FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP), 2017.

BAUMAN, ZYGMUNT. MODERNIDADE LÍQUIDA. RIO DE JANEIRO: JORGE ZAHAR, 2001.

BRASIL. LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006. COÍBE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2004-2006/2006/LEI/L11340.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11340.htm). ACESSO EM: 20 MAR. 2018.

BRASIL. LEI Nº 12.015, DE 7 DE AGOSTO DE 2009. ALTERA O TÍTULO VI DA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2007-2010/2009/LEI/L12015.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L12015.htm). ACESSO EM: 20 MAR. 2018.

BRASIL. LEI Nº 12.845, DE 1º DE AGOSTO DE 2013. DISPÕE SOBRE O ATENDIMENTO OBRIGATÓRIO E INTEGRAL DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA SEXUAL. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2011-2014/2013/LEI/L12845.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/L12845.htm). ACESSO EM: 06 DEZ. 2018.

BRASIL. LEI Nº 13.104, DE 9 DE MARÇO DE 2015. ALTERA O ART. 121 DO CÓDIGO PENAL, PARA PREVER O FEMINICÍDIO COMO CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA DO CRIME DE HOMICÍDIO, E O ART. 1º DA LEI 8072, DE 25 DE JULHO DE 1990, PARA INCLUIR O FEMINICÍDIO NO ROL DOS CRIMES HEDIONDOS. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2015-2018/2015/LEI/L13104.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm). ACESSO EM: 20 MAR. 2018.

BRASIL. LEI Nº 13.718, DE 24 DE SETEMBRO DE 2018. ALTERA O DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 (CÓDIGO PENAL), PARA TIPIFICAR OS CRIMES DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL E DE DIVULGAÇÃO DE CENA DE ESTUPRO, TORNAR PÚBLICA INCONDICIONADA A NATUREZA DA AÇÃO PENAL DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL E DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL, ESTABELECE CAUSAS DE AUMENTO DE PENA PARA ESSES CRIMES E DEFINIR COMO CAUSAS DE AUMENTO DE PENA O ESTUPRO COLETIVO E O ESTUPRO CORRETIVO; E REVOGA DISPOSITIVO DO DECRETO-LEI Nº 3.688, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 (LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAS).

BUTLER, JUDITH. PROBLEMAS DE GÊNERO: FEMINISMO E SUBVERSÃO. RIO DE JANEIRO: CIVILIZAÇÃO BRASILEIRA, 2003.

DIAS, MARIA BERENICE. A LEI MARIA DA PENHA. SÃO PAULO: RT, 2015.

LOURO, GUACIRA LOPES. GÊNERO, SEXUALIDADE E EDUCAÇÃO: UMA PERSPECTIVA PÓS ESTRUTURALISTA. PETROPÓLIS: VOZES, 2014.

MONTENEGRO, MARÍLIA. LEI MARIA DA PENHA: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICO - CRÍTICA. RIO DE JANEIRO: REVAN, 2015.

NEGREIROS, ADRIANA. MARIA BONITA: SEXO, VIOLÊNCIA E MULHERES NO CANGAÇO. RIO DE JANEIRO: OBJETIVA, 2018.

SABADELL, ANA LÚCIA. MANUAL DE SOCIOLOGIA JURÍDICA. SÃO PAULO: RT, 2003.

SAFFIOTI, HELEIETH. GÊNERO PATRIARCADO VIOLÊNCIA. SÃO PAULO: EXPRESSÃO POPULAR, 2015

DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS: O MARCO TEMPORAL DE OCUPAÇÃO FRENTE À VONTADE CONSTITUCIONAL DE RECONSTRUÇÃO E PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL

Fagundes Rodrigues de Melo (Direito/FADIC)⁴⁵

Lorena Simões Florêncio (Direito/FADIC)⁴⁶

Resumo: A Constituição Federal reconhece 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; a demarcação de terras indígenas apresenta-se então como um recurso estatal para efetivamente promover a reconstrução da multiculturalidade do povo brasileiro, num movimento de restituição e reparação, tendo em vista a ruptura imposta pela colonização, com a servidão e expropriação material e cultural dos povos originários. Ocorre que o STF, no acórdão proferido no julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, PET 3.388/RR, estabeleceu conceitos para as demarcações, dentre os quais o marco temporal de ocupação, definindo que o reconhecimento do direito aos índios limita-se às terras que ocupavam na data da promulgação da Constituição Federal (05.10.1988); tal definição vem orientando as demais decisões do STF sobre o assunto, sendo inclusive objeto do parecer nº 0001/2017/GAB/CGU/AGU, aprovado pela Presidência da República em 17.07.2017, recebendo efeito vinculante para a Administração Federal. Em uma análise sistemática da tutela constitucional do direito indígena não parece ser adequado a imposição deste marco temporal, já que o direito do índio a terra é tratado em diplomas legais anteriores a Constituição de 1988, dentre os quais a Constituição de 1934, demonstrando que não persiste razão para a manutenção deste critério, que, além de não representar a vontade constitucional de proteção aos vulneráveis, viola também a Convenção nº 169 da OIT, do qual o Brasil é signatário. O objetivo geral da pesquisa é analisar a inconstitucionalidade do marco temporal, estudando especificamente os diplomas legais anteriores à Constituição Federal de 1988 que tratam do direito do índio à sua terra ancestral, de modo a demonstrar que esta proteção não visa à questão da propriedade em seu caráter da tutela cível, como o marco

⁴⁵ Mestrando em Direito – História do Pensamento Jurídico – Historicidade dos Direitos Fundamentais pela Faculdade Damas (FADIC), Especialista em Direito Notarial e Registral e Direito de Família e Sucessões, Tabelião e Oficial de Registros Públicos, contato: fagundes.r@hotmail.com

⁴⁶ Mestranda em Direito – História do Pensamento Jurídico – Historicidade dos Direitos Fundamentais pela Faculdade Damas (FADIC), Especialista em Direito Público, Advogada, contato: lorena.florencioadv@gmail.com

temporal parece querer construir, mas a devolução e resgate que a vontade constitucional representa, fomentando a multiculturalidade com a proteção do patrimônio histórico e cultural do povo brasileiro. A metodologia escolhida foi analítica e descritiva, através da pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Indígenas. Demarcação. Multiculturalidade. Marco Temporal de Ocupação.

Resumen: La Constitución Federal reconoce a los indígenas su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, compitiendo a la Unión demarcarlas, proteger y hacer respetar todos sus bienes; la demarcación de tierras indígenas se presenta entonces como un recurso estatal para efectivamente promover la reconstrucción de la multiculturalidad del pueblo brasileño en un movimiento de restitución y reparación, teniendo en vista la ruptura impuesta por la colonización, con la servidumbre y expropiación material y cultural de los pueblos originario. El STF, en la decisión del juicio de la demarcación de la Tierra Indígena Raposa Serra do Sol, PET 3.388 / RR, estableció conceptos para las demarcaciones, entre los cuales el marco temporal de ocupación, definiendo que el reconocimiento del derecho a los indios se limita a las tierras que ocupaban en la fecha de la promulgación de la Constitución Federal (05.10.1988), esta definición viene orientando las demás decisiones del STF sobre el asunto, siendo el objeto del dictamen nº 0001/2017/GAB/CGU/AGU, aprobado por la Presidencia de la República el 17.07.2017, recibiendo un efecto vinculante para la Administración Federal. En un análisis sistemático de la tutela constitucional del derecho indígena no parece adecuado la imposición de este marco temporal, ya que el derecho del indio a la tierra es tratado en diplomas legales anteriores a la Constitución de 1988, entre los cuales la Constitución de 1934, que demuestra que no persiste razón para el mantenimiento de este criterio, que, además de no representar la voluntad constitucional de protección a los vulnerables, viola también el Convenio 169 de la OIT, del cual Brasil es signatario. El objetivo general de la investigación es analizar la inconstitucionalidad del marco temporal, estudiando específicamente los diplomas legales anteriores a la Constitución de 1988 que tratan del derecho del indígena a su tierra ancestral, para demostrar que esta protección no se refiere a la cuestión de la propiedad en su carácter de derecho civil, como el marco temporal parece desear construir, pero la devolución y rescate que la voluntad constitucional tiene, proporcionando la multiculturalidad con la protección del patrimonio histórico y cultural del pueblo brasileño. La metodología elegida fue analítica y descriptiva, a través de la investigación bibliográfica y documental.

Palabras clave: Indígenas. Demarcación. Multiculturalidad. Marco Temporal de Ocupación.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal reconhece aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las; a demarcação de terras indígenas apresenta-se, então, como um recurso estatal para efetivamente promover a reconstrução da multiculturalidade do povo brasileiro, em um movimento de restituição e reparação, tendo em vista a ruptura imposta pela colonização, com a servidão e expropriação material e cultural dos povos originários.

O marco temporal surge como uma barreira, dificultando ao acesso à justiça dos indígenas que pleiteiam o direito sob suas terras ancestrais, a partir do momento que limita o reconhecimento do direito apenas às terras efetivamente ocupadas na data da promulgação da Constituição, tal barreira não se coaduna com todo o contexto histórico da tutela constitucional do direito indígena à terra, demonstrando-se contrária à atual vontade constitucional de proteção ao patrimônio histórico e cultural e respeito à diferença.

1. COLONIZAÇÃO NA AMÉRICA LATINA E O EUROCENTRISMO

A colonização na América Latina foi um período histórico que se perpetuou e foi fator decisivo para a configuração da estrutura de poder que hoje se apresenta no Estado Brasileiro, o racismo e o eurocentrismo perduram e os cargos de comando continuam nas mãos da maioria "branca", assim, as minorias, como os índios, não conseguem representatividade capaz de garantir-lhes o acesso aos seus direitos, e sofrem com os reflexos do capitalismo acumulativo que lhes dificulta o acesso à terra.

1.1 Racismo, invasão de terras e subjugo dos povos originários.

A expansão marítima européia iniciada no século XV promoveu a colonização da América Latina, as terras então conquistadas foram exploradas pelo trabalho escravo de índios e negros, justificando essa exploração na hierarquização das raças, os dominadores seriam, pois, raças superiores e civilizadas, enquanto que os dominados seriam raças incapazes de desenvolvimento e civilização, estando fadadas à submissão.

Conforme lição de Aníbal Quijano (QUIJANO, 2005, p. 118), o colonialismo se utilizou da idéia de raça para dar legitimidade à sua exploração, criando o padrão eurocêntrico e estabelecendo as imposições de superioridade dos dominantes em relação ao dominados, pondo os povos conquistados, seus traços e suas culturas, em uma situação de inferioridade, a raça então assumiu um papel definidor da posição dos indivíduos na estrutura de poder, determinando seus níveis, lugares e funções na sociedade.

“A história é, contudo, muito distinta. Por um lado, no momento em que os ibéricos conquistaram, nomearam e colonizaram a América (cuja região norte ou América do Norte, colonizarão os britânicos um século mais tarde), encontraram um grande número de diferentes povos, cada um com sua própria história, linguagem, descobrimentos e produtos culturais, memória e identidade. São conhecidos os nomes dos mais desenvolvidos e sofisticados deles: astecas, maias, chimus, aimarás, incas, chibchas, etc. Trezentos anos mais tarde todos eles reduziam-se a uma única identidade: índios. Esta nova identidade era racial, colonial e negativa. Assim também sucedeu com os povos trazidos forçadamente da futura África como escravos: achantes, iorubás, zulus, congos, bacongos, etc. No lapso de trezentos anos, todos eles não eram outra coisa além de negros”. (QUIJANO, 2005, p. 127)

Houve na colonização a deturpação da imagem dos indígenas, segundo Alberto Acosta (ACOSTA, 2011, p. 146-147), considerava-se, inclusive, que os índios não tinham alma; para este autor o racismo é a mais eficaz forma de dominação social e política, sendo o racismo utilizado na legitimação da colonização, um problema político e um problema ambiental, ao ponto que se expressa pela segregação econômica, exclusão e marginalização, bem como ao ponto de que não se respeitam os territórios tradicionalmente ocupados por indígenas e negros, forçando estes a viverem, muitas vezes, nos lugares mais precários, bem como lhes dificultando o acesso ao emprego, educação e saúde.

Ocorreu durante a colonização, em razão do eurocentrismo, uma verdadeira expropriação material e cultural dos povos originários, um movimento necessário para a manutenção da cadeia exploratória da escravidão e da força de trabalho servil indígena, ambas baseadas no racismo, assim foi que a cultura ancestral indígena foi subjugada, suas terras invadidas e sua autonomia mutilada, propiciando o desenvolvimento pleno da economia acumulativa capitalista.

1.2 Proteção ao patrimônio histórico e cultural indígena: a multiculturalidade produzindo descolonialidade.

O novo constitucionalismo latino-americano traz como alternativa ao desenvolvimento, o reconhecimento da matriz originária de seus povos, buscando enaltecer a riqueza cultural castigada pelo colonialismo em um processo de reconhecimento e valorização da relação dos povos originários no manejo com a natureza e os recursos, bem como nos hábitos de relacionamento interpessoal, atribuindo papel relevante a esta multiculturalidade na construção do chamado estado plurinacional, num processo de descolonialidade.

“O Estado “moderno” e liberal, herdeiro de estruturas e práticas coloniais, sobre o qual se estabeleceu um esquema de dominação oligárquico, uma e outra vez tratou de

embranquecer a sociedade, negar e apagar diversidades, ignorar ou reprimir a existência de culturas e línguas dos povos e nacionalidades que existiam antes da Conquista. A plurinacionalidade, enquanto nova concepção de organização social, resgata a pluralidade de visões étnicas e culturais para repensar o Estado. Para mencionar apenas algumas referências, os direitos coletivos – e não apenas os direitos individuais – também são importantes. Igualmente, interessa uma nova forma de relacionar-se com a Natureza, que abriria as portas a uma cidadania ambiental e ecológica, tal como já discutimos. ” (ACOSTA, 2011, p. 145-146)

Neste caminho de resgate, a demarcação das terras indígenas apresenta-se como de primeira necessidade, em busca da compensação de uma dívida histórica para com os povos originários que, em razão do eurocentrismo dominante, tiveram uma quebra do seu elo com a terra e também não tiveram oportunidade de participar igualmente no desenvolvimento dos países colonizados.

Demarcar e efetivamente entregar aos índios o domínio sob suas terras proporciona o reencontro e crescimento da cultura ancestral de um povo e contribui para o desenvolvimento da sociedade como um todo, ampliando o respeito para com as variadas formas de o homem lidar com a natureza e os recursos, propondo, inclusive, reflexões acerca das relações interpessoais e de consumo.

Proteger o patrimônio histórico e cultural de uma nação, busca, também, manter viva a possibilidade de um reencontro com a sua verdadeira identidade, para que se conhecendo amadureçam e livrem-se dos preconceitos que cultivam ao longo da história, na busca da evolução verdadeira, que não pode se confundir com a busca de um inalcançável padrão estabelecido.

“Aqui a tragédia é que todos fomos conduzidos, sabendo ou não, querendo ou não, a ver e aceitar aquela imagem como nossa e como pertencente unicamente a nós. Dessa maneira seguimos sendo o que não somos. E como resultado não podemos nunca identificar nossos verdadeiros problemas, muito menos resolvê-los, a não ser de uma maneira parcial e distorcida. ” (QUIJANO, 2005, p. 130)

2. A TUTELA JURÍDICA BRASILEIRA DO DIREITO INDÍGENA À TERRA

Marcada historicamente pelo passado colonial, a tutela jurídica do direito indígena brasileiro trás, ao longo de suas constituições, uma busca de inserir os povos originários na chamada comunhão nacional, o propósito foi a imposição da assimilação da cultura padronizada eurocêntrica e abandono efetivo das práticas ancestrais, tal perspectiva só veio a perder força com a promulgação da Constituição de 1988, dando lugar a um novo horizonte de respeito à

diferença, fomentado a proteção à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

2.1 A evolução da tutela constitucional do direito indígena.

Os reflexos da intenção homogeneizadora, característica do eurocentrismo, podem ser percebidos na redação da Constituição Brasileira de 1934, a primeira que de fato cita o indígena, todavia, o legislador não trabalha positivamente a questão da diferença, e, como em todo o período colonial, trata o índio como um ser aquém da realidade brasileira, que precisa ser integrado à sociedade, dispondo no seu artigo 5º que caberia privativamente à União legislar sobre sua incorporação à comunhão nacional, denotando então um desrespeito ao modo de vida próprio da comunidade originária.

Para além da posição eurocêntrica do artigo 5º, destacamos a proteção que trouxe essa constituição ao estabelecer em seu artigo 129 que “será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

A Constituição Brasileira de 1937, igualmente à anterior, determina no seu artigo 154 que “será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas”, não trazendo prescrição quanto à integração do indígena. A Constituição Brasileira de 1946, manteve o respeito das terras permanentemente ocupadas, e trouxe de volta a competência da União para legislar sobre a comunhão nacional dos índios, assim se repetindo nas Constituições de 1967, que acrescentou o reconhecimento do direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades existentes nas terras. O Ato Institucional nº 01 de 1969, uma emenda à Constituição de 1967, acrescentou às determinações anteriores a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer ato que tinham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras indígenas.

Cabe aqui destacar que os direitos indígenas constaram em todas as constituições a partir de 1934, inclusive naquelas promulgadas em governos militares, que não obstante lhes outorgassem direitos, não lhes garantiam plenamente, implementando políticas que foram muito prejudiciais aos povos indígenas, o que restou comprovado pelos relatórios da Comissão Nacional da Verdade:

“Omissão e violência direta do Estado sempre conviveram na política indigenista, mas seus pesos respectivos sofreram variações. Poder-se-ia assim distinguir dois períodos entre 1946 e 1988, o primeiro em que a União estabeleceu condições propícias ao esbulho de terras indígenas e se caracterizou majoritariamente (mas não exclusivamente) pela omissão, acobertando o poder local, interesses privados e deixando de fiscalizar a corrupção em seus quadros; no segundo período, o protagonismo da União nas graves

violações de direitos dos índios fica patente, sem que omissões letais, particularmente na área de saúde e no controle da corrupção, deixem de existir. Na esteira do Plano de Integração Nacional, grandes interesses privados são favorecidos diretamente pela União, atropelando direitos dos índios.” (BRASIL, Relatório da Comissão Nacional da Verdade; v. 2, p. 204-205)

2.2 A preservação do patrimônio histórico e cultural e a demarcação de terras indígenas na Constituição de 1988.

A Constituição Federal, conhecida como a constituição cidadã, se comparada às anteriores apresenta um avanço considerável em relação ao direito indígena, nela não se vê mais o intuito integracionista das anteriores, percebe-se pela sua redação, que foi reconhecido o direito de se permanecer índio, face à proteção destinada ao modo de vida diferenciado do padrão imposto pelo capital.

“O resultado final disso foi a promulgação, em 1988, de uma Constituição que amparou os direitos indígenas e acabou com as perspectivas assimilacionistas e integracionistas adotadas pelos textos constitucionais anteriores: o índio adquiriu, então, o direito à alteridade, isto é, respeita-se a sua especificidade étnico-cultural, garantindo-lhe o direito de permanecer índio.” (MARTINS, 2013, p. 544)

Destacamos o direito cultural latente disposto no artigo 231, que confere proteção à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos índios, bem como reconhece o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens, entendendo como 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 a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

A proteção ao patrimônio histórico e cultural é uma obrigação constitucional do Estado Brasileiro, sendo a demarcação de terras indígenas um dos meios para o reconhecimento e fomento desta proteção, possibilitando o reencontro dos povos originários com suas tradições e meios de vida ancestrais, que se encaixam perfeitamente na definição constitucional de patrimônio cultural contida no artigo 216, o qual dispõe que “constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”.

O direito do índio à terra é imprescritível por disposição constitucional, que também dispõe sobre sua inalienabilidade e indisponibilidade, face ao caráter difuso desta tutela, que visa

proteger o direito originário dos povos tradicionais, protegendo, simultaneamente, a matriz histórica formadora do povo brasileiro.

2.3 A demarcação no Estatuto do Índio e na Convenção 169 da OIT.

O artigo 22 da Lei nº 6.001/1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio, promulgada durante regime militar, repetiu a disposição da Constituição então vigente, determinando que “cabe aos índios ou silvícolas a posse permanente das terras que habitam e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes”, nessa Lei também foi inserido prazo, não cumprido, determinando que “o Poder Executivo fará, no prazo de cinco anos, a demarcação das terras indígenas, ainda não demarcadas” (art. 68). A Convenção nº 169 da OIT, da qual o Brasil é signatário, foi promulgada Através do Decreto nº 5.051/2004, nesta destacamos uma especial conotação dada ao termo tradicionalidade da ocupação, cabendo ao Estado adotar medidas para salvaguardar o direito dos povos utilizarem as terras, que, mesmo não estando exclusivamente ocupadas por eles atualmente, tenham tido tradicionalmente acesso a elas, ficando claro que a tradicionalidade guarda mais relação com costume histórico cultural do que o a continuidade da posse, seguem os termos do artigo 14:

“Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.” (BRASIL, Decreto nº 5.051, 2004)

3. O MARCO TEMPORAL DE OCUPAÇÃO

Frente à toda carga histórica de racismo e exploração sob a qual foi erigido o Estado Brasileiro e sua economia, não causa surpresa barreiras que surgem dia após dia para dificultar ou até mesmo impedir o acesso das minorias aos direitos conquistados ao longo do tempo; dentre essas barreiras estão a interpretação constitucional efetivada pelo Supremo Tribunal Federal, ao criar o marco temporal de ocupação, limitando o reconhecimento do direito dos índios somente às terras que ocupavam na data da promulgação da Constituição Federal, 05 de outubro de 1988.

3.1 O conceito do marco temporal de ocupação estabelecido pelo STF.

O Supremo Tribunal Federal, no acórdão proferido por ocasião do julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, PET 3.388/RR, estabeleceu o marco temporal de ocupação, nestes exatos termos:

“11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa — a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) — como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.” (STF, PET 3.388/RR, 2009)

Indo mais além, tratou também da situação que configuraria o esbulho renitente⁴⁷, ou seja, a única razão pela qual conservar-se-ia em favor do indígena o direito à terra por ele não ocupada na data da promulgação da constituição, um conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada, destacamos com isso a semelhança que o instituto de direito indígena adquire em comparação com o instituto da posse do direito civil, a continuidade ganha um peso maior que a ancestralidade antropológica.

O conceito do marco temporal de ocupação estabelecido no acórdão, origina-se do voto do relator da ação, Ministro Ayres Brito, que em seu voto trás algumas novas considerações no intuito de motivar a decisão:

“Com o que se evita, a um só tempo: a) a fraude da subitânea proliferação de aldeias, inclusive mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação; b) a violência da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras, à data da vigente Constituição. Numa palavra, o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a chapa radiográfica da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígine.” (STF, PET 3.388/RR, 2009)

3.2 O parecer da Advocacia Geral da União e seu efeito vinculante.

A decisão proferida no julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol não possui força vinculante em sentido técnico, todavia, face à sua relevância e pioneirismo

⁴⁷ Para melhor entender o esbulho, vejamos a decisão do próprio Supremo Tribunal Federal, que o entende como: “situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.” (STF, ARE 803462 AGR/MS, 2014)

em relação à temática, vem orientando a jurisprudência⁴⁸, e ainda, sob a atuação do Poder Executivo, vem transmutando-se numa verdadeira “conditio sine qua non”.

É, pois, o que se extrai do Parecer nº 0001/2017/GAB/CGU/AGU, da Advocacia Geral da União, que foi aprovado pela Presidência da República em 17.07.2017, recebendo efeito vinculante para a Administração Federal, de acordo com o artigo 40 da Lei Complementar nº 73/1993, regendo a partir de então os atos e procedimentos que visam à demarcação de terras indígenas, ao dispor:

“I. O Supremo Tribunal Federal, no acórdão proferido no julgamento da PET 3.388/RR, fixou as “salvaguardas institucionais às terras indígenas”, as quais constituem normas decorrentes da interpretação da Constituição e, portanto, devem ser seguidas em todos os processos de demarcação de terras indígenas.

II. A Administração Pública Federal, direta e indireta, deve observar, respeitar e dar efetivo cumprimento, em todos os processos de demarcação de terras indígenas, às condições fixadas na decisão do Supremo Tribunal Federal na PET 3.388/RR, em consonância com o que também esclarecido e definido pelo Tribunal no acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Declaração (PET-ED 3.388/RR).” (AGU, Parecer nº 0001/2017/GAB/CGU/AGU, 2017)

Como a demarcação de terras indígenas é competência da União, os órgãos à ela vinculados estão submetidos à regra do marco temporal de ocupação, só podendo analisar então processos demarcatórios de terras que estiveram efetivamente ocupadas por índios na data da promulgação da Constituição vigente, ou que estejam em situação de esbulho renitente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A manutenção da vigência do marco temporal de ocupação não é compatível com a atual tutela constitucional do direito indígena, posto que vai de encontro a todo o histórico constitucional brasileiro, que se iniciou marcado pela negação da diferença com ideais integracionistas e culminou com a superação e valorização da alteridade, consagrando, com o constitucionalismo fraternal estampado na Carta de 1988, o direito de se permanecer índio. Elencamos por fim, as razões pela qual o marco temporal de ocupação não pode ser mantido, pois desconsidera: I) o colonialismo brasileiro, marcado historicamente pela exploração dos

⁴⁸ “4. A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões.” (STF, EMB .DECL. NA PETIÇÃO 3.388 RORAIMA, 2013)

territórios indígenas, subjugação de sua cultura e expropriação de suas propriedades, baseados num pensamento eurocêntrico que se perpetua em decisões judiciais e medidas administrativas que dificultam o acesso à justiça das minorias; II) os diplomas legais anteriores a Constituição de 1988, tal qual a Constituição de 1934, que já tutelava o direito originário do índio à sua terra ancestral, desencadeando igual garantia em todas as constituições subsequentes; III) a vontade constitucional de proteção ao patrimônio histórico e cultural brasileiro, criando barreiras ao fomento do multiculturalismo, fundamental ao amadurecimento da sociedade; IV) a imprescritibilidade do direito do índio à sua terra ancestral, constitucionalmente garantida, que não visa só o direito desta ou daquela etnia, mas sim de toda a construção histórica do povo brasileiro, sendo especialmente um instituto de direito difuso; V) as razões que de fato separaram o índio da sua terra antes da entrada em vigor da Constituição de 1988, a exemplo das políticas adotadas durante o regime militar, que vieram à luz nos relatórios da Comissão Nacional da Verdade; VI) o artigo 14 da Convenção nº 169 da OIT, do qual o Brasil é signatário, fazendo com que o marco temporal de ocupação configure verdadeiro descumprimento ao acordo, deixando o país vulnerável à sanções internacionais; e, VII) a alteridade, condicionando o exercício de um direito fundamental à um rito processual, como é o caso do esbulho renitente, aproximando o instituto de direito indígena de um instituto do direito civil, não se coadunando com as interpretações do novo constitucionalismo latino americano, a partir do momento que não respeita as diferenças e dificulta o acesso à justiça daqueles que optaram por outras formas de ser e viver.

A verdade é que a demarcação atinge interesses da maioria dominante e vai sempre sofrer grande pressão dos mais altos escalões, tomados pelas necessidades do capitalismo, descuidando assim da história do povo brasileiro e daqueles a quem devemos parte de nossa identidade e com os quais podemos redescobrir alternativas de continuidade, como melhor expressa a antropóloga Rita Laura Segato:

“Cuidar deles é central, inclusive, porque, apesar de nossas agressões constantes no curso destes 500 anos, esses povos não somente sobreviveram mediante suas próprias estratégias e lógicas internas, mas também porque é possível imaginar que nos superarão nessa capacidade de sobrevivência. Muitos deles, refugiados em espaços inalcançáveis pelo que pretensiosamente consideramos ser “a Civilização”, e se vendo livres da cobiça por concentrar e acumular, isto é, livres da pesada bagagem que nós carregamos, terão, quem sabe, uma oportunidade que nós não teremos, num mundo que se interna cada dia no que muitos acreditam ser sua fase final pelo esgotamento dos recursos.” (SEGATO, 2014, p. 83)

REFERÊNCIAS

- ACOSTA, ALBERTO. O BEM VIVER. UMA OPORTUNIDADE PARA IMAGINAR OUTROS MUNDOS. TRAD. TADEU BRENDA. SÃO PAULO: ELEFANTE, 2011.
- AGU, PARECER Nº 0001/2017/GAB/CGU/AGU, CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO SUBSTITUTO: ANDRÉ RUFINO DO VALE, EMITIDO EM 19/07/2017, APROVADO EM 17/07/2017, PUBLICADO EM DOU-138 PUBLIC 20/07/2017.
- BRASIL. COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. RELATÓRIO: TEXTOS TEMÁTICOS / COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE; V. 2. BRASÍLIA: CNV, 2014.
- BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. PROMULGADA EM 5 DE OUTUBRO DE 1988. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/CONSTITUICAO.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). ACESSO EM: 20 JUL. 2018.
- BRASIL. DECRETO Nº 5.051. PROMULGADO EM 19 DE ABRIL DE 2004. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2004-2006/2004/DECRETO/D5051.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). ACESSO EM: 07 AGO. 2018.
- MARTINS, FERNANDA ROCHA. A POLÍTICA INDIGENISTA NO BRASIL. IN: SMANIO, GIANPAOLO POGGIO. BERTOLIN, PATRÍCIA TUMA MARTINS (ORG.). O DIREITO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL. SÃO PAULO: EDITORA ATLAS S.A., 2013
- QUIJANO, ANÍBAL. COLONIALIDADE DO PODER, EUROCENTRISMO E AMÉRICA LATINA. 2005. DISPONÍVEL EM: [HTTP://BIBLIOTECA.CLACSO.EDU.AR/CLACSO/SUR-SUR/20100624103322/12_QUIJANO.PDF](http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_QUIJANO.PDF). ACESSO EM: 12 JUL. 2018.
- SEGATO, RITA LAURA. QUE CADA POVO TEÇA OS FIOS DA SUA HISTÓRIA: O PLURALISMO JURÍDICO EM DIÁLOGO DIDÁTICO COM LEGISLADORES. REVISTA DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA, BRASÍLIA, N.01, V.01, P. 65-92, JAN./JUN. 2014.
- STF, ARE 803462 AGR/MS, RELATOR(A): MIN. TEORI ZAVASCKI, JULGADO EM 21/03/2017, PUBLICADO EM DJE-63 DIVULG 29/03/2017 PUBLIC 30/03/2017.
- STF, EMB .DECL. NA PETIÇÃO 3.388/RR, RELATOR(A): MIN. ROBERTO BARROSO, JULGADO EM 23/10/2013, PUBLICADO EM DJE-221 DIVULG 07/11/2013 PUBLIC 08/11/2013.
- STF, PET 3.388/RR, RELATOR(A): MIN. AYRES BRITO, JULGADO EM 19/03/2009, PUBLICADO EM DJE-181 DIVULG 24/09/2009 PUBLIC 25/09/2009.

UMA REFLEXÃO SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE UM “CONTROLE CONCENTRADO DE CONVENCIONALIDADE”

Alexandre Amaro Pereira⁴⁹

Orientador: Henrique Weil

Resumo: A partir da aplicação da teoria do *controle de convencionalidade* desenvolvida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), pretende-se perquirir sobre a existência de um *controle concentrado de convencionalidade* na jurisdição interna ou na interamericana. A jurisprudência da Corte IDH aponta para a necessidade de os juízes e tribunais latino-americanos realizarem um controle de convencionalidade em suas jurisdições a partir da interpretação autêntica, realizada na qualidade de um tribunal supraconstitucional, atuando da mesma maneira que os tribunais constitucionais dos Estados-partes quando estes realizam o controle interno de constitucionalidade. No caso do Brasil, as questões relativas aos direitos humanos podem ser decididas em última instância em duas jurisdições distintas: internamente, pelo Supremo Tribunal Federal, responsável pelo controle de constitucionalidade; e externamente pela Corte IDH, responsável pelo controle de convencionalidade, na função de último e autêntico intérprete da Convenção Americana de Direitos Humanos. A base para constatar a possibilidade da existência de um “controle concentrado de convencionalidade” exercido pela jurisdição interna do Estado será a contraposição entre o “controle de convencionalidade” e o “controle de constitucionalidade”, considerando uma determinada ação abstrata na Corte Constitucional ou na Corte IDH, responsável pela interpretação do direito convencional. Nesse último caso, a existência de um controle concentrado de convencionalidade teria como fundamento o caráter supraconstitucional dos tratados internacionais em relação às Constituições dos Estados-partes. No entanto, ainda que a Corte IDH possa declarar com caráter *erga omnes* para um determinado caso a invalidade de um dispositivo da Constituição do Estado contrário a um preceito do tratado ratificado, talvez não seja possível concluir que essa atividade se traduza em um típico controle concentrado de convencionalidade, vez que ocorre na via incidental, sem que a decisão da Corte possua caráter objetivo e abstrato, como acontece no controle concentrado de constitucionalidade. Por outro lado, também não é possível admitir a existência de um controle concentrado de convencionalidade realizado pela jurisdição nacional, ainda que as normas do tratado ratificado tenham caráter constitucional (§ 3º do art. 5º da CF). O controle concentrado realizado pelo Supremo Tribunal Federal será sempre de constitucionalidade e não de convencionalidade, o que não impede que, por meio da ação

49 Mestrando em Direito, Faculdade Damas da Instrução Cristã - FADIC, alexandreamarop@hotmail.com.

constitucional, seja realizado de um *controle de convencionalidade interno* auxiliar à interpretação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma do sistema.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade. Controle de convencionalidade. Direitos humanos. Tratados internacionais.

Abstract: From the application of the theory of conventionality control developed by the Inter-American Court of Human Rights (Inter-American Court), it is intended to investigate the existence of a concentrated control of conventionality in the internal or Inter-Americana jurisdiction. The jurisprudence of the Inter-American Court points to the need for Latin Americans judges and tribunals achieve a control of conventionality in their jurisdictions from the authentic interpretation, performed as a supra-constitutional Court, acting in the same way as the constitutional courts of the Member States when they carry out the internal control of constitutionality. In the case of Brazil, the human rights issues can be decided in the last instance in two different jurisdictions: internally by the Supreme Court, responsible for the control of constitutionality; and externally by the Inter-American Court, responsible for the control of conventionality, as the last and authentic interpreter of the American Convention on Human Rights. The basis for establishing the possibility of a “concentrated control of conventionality” exercised by the State's internal jurisdiction will be the contraposition between “conventionality control” and “constitutionality control”, considering a certain abstract action in the Constitutional Court or in the Inter-American Court, responsible for the interpretation of treaty law. In this latter case, the existence of a concentrated control of conventionality would have as a basis the supra-constitutional character of international treaties in relation to the constitutions of the States parties. However, even though the Inter-American Court can declare with *erga omnes* character for a given case the invalidity of a provision of the State Constitution is contrary to a precept of the Treaty ratified it may not be possible to conclude that this activity results in a typical concentrated control of conventionality, as it occurs via incidental, without the Court's decision having an objective and abstract character, as it happens in the concentrated control of constitutionality. On the other hand, it is also not possible to admit the existence of a concentrated control of conventionality conducted by national jurisdiction, even though the rules of the ratified treaty have a constitutional character (paragraph 3 of article 5th of the Constitution of Brazil). The concentrated control carried out by the Supreme Court will always be of constitutionality and not of conventionality, which does not prevent that, through the constitutional action is carried out in a control of conventionality of procedure help interpretation of the constitutionality or unconstitutionality of a certain norm of the legal system.

Keywords: Constitutionality control. Conventionality control. Human rights. International agreements.

INTRODUÇÃO

Os fundamentos dos direitos humanos, como bem assinalou Bobbio (2004, p. 30-31), deixaram há muito de ser um problema, porque passaram a ser incorporados às constituições dos Estados e às suas legislações. A grande problemática atual diz respeito à efetivação desses direitos, surgindo daí a importância das adesões aos tratados e convenções internacionais.

Assim, a internacionalização dos direitos humanos decorre de um reconhecimento do próprio Estado de sua incapacidade de monopolizar por meio de seu sistema jurídico todos os catálogos de direitos humanos que possam conferir proteção aos seus cidadãos. Daí vem a necessidade de os Estados celebrarem tratados internacionais que reconheçam esses direitos humanos como um *standard* internacional e também de permitirem a supervisão e o controle das obrigações assumidas, tanto em nível global como regional.

Sob a ótica do Direito Internacional Público, ao incorporar os direitos humanos constantes em tratados e convenções internacionais o Estado obriga-se a observar as disposições constantes nesses instrumentos normativos nos âmbitos público e privado, reconhecendo a eficácia da fonte internacional de direitos humanos nos casos de conflitos com a norma local. Por sua vez, a Corte IDH nos casos de violação de direitos humanos no continente americano aplica as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) aos Estados-membros que a ratificaram e aceitaram a jurisdição do Tribunal interamericano.

No Brasil, desde o ano de 2008, após o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, o Supremo Tribunal Federal alterou sua anterior jurisprudência e alçou os tratados e convenções internacionais na área de direitos humanos no mesmo nível das demais normas constitucionais (art. 5º, § 3º, CF/88) ou, pelo menos, com caráter de norma supralegal em nível superior ao da legislação ordinária (art. 5º, § 2º, CF/88), a depender da forma de incorporação desses direitos no ordenamento jurídico.

Na verdade, ao participar de uma organização internacional e de seu sistema de jurisdição, o Estado-parte assume a obrigação de não só respeitar os tratados internacionais de direitos humanos, mas também de cumprir e observar as sentenças proferidas pela Corte IDH. No caso específico do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o controle de convencionalidade decorre justamente dessa relação entre a jurisdição da Corte IDH e a jurisdição dos Estados (OLANO GARCÍA, 2016, p. 62).

1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O problema da proteção jurídica dos direitos humanos dos tratados internacionais passa pelo reconhecimento das regulações e jurisprudências da Corte IDH, situação em que os casos resolvidos pelo juiz local não apenas ficam sujeitos a um controle de constitucionalidade, mas também necessitam passar por um controle de convencionalidade, para que a jurisdição doméstica aplique e interprete os dispositivos da norma internacional incorporada de acordo com as diretivas dadas pelo órgão jurisdicional internacional.

Como veremos a seguir, a doutrina do controle de convencionalidade sempre defende a primazia dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado-parte, ainda que contrários a sua Constituição, a partir da interpretação dada pela Corte IDH. Trata-se de uma criação da jurisprudência da Corte IDH com o objetivo de obrigar o cumprimento as normas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos pelos Estados-partes.

1.1 O controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade decorre do princípio da supremacia da norma constitucional, no sentido de que toda legislação infraconstitucional deve guardar compatibilidade com a Constituição, seja no sentido de uma atuação positiva, seja pela vedação de omissão na aplicação da norma constitucional (SILVA, 1993, p. 48).

Dessa forma, o controle de constitucionalidade é utilizado pelos tribunais e juízes quando há necessidade de conformar a legislação hierarquicamente inferior ao sistema constitucional, situação em que um preceito de lei contrário à Constituição perde a sua validade, passando a ser *inconstitucional*. Portanto, por meio do controle de constitucionalidade é feita a compatibilização da legislação infraconstitucional com a Lei Suprema do Estado.

Por sua vez, o controle de constitucionalidade pode ocorrer de forma *difusa*, quando realizado por qualquer juiz ou tribunal, incidentalmente em uma determinada demanda judicial, ou seja, antes da análise do *meritum causae*, ou de forma *concentrada*, quando se trata do próprio mérito discutido em ação principal proposta perante a Corte guardiã do texto constitucional. Assim, a jurisdição constitucional do controle de constitucionalidade poderá ser exercida incidentalmente nos autos do processo [na forma do art. 102, III, da CF], de forma concreta, ou pela ação direta [na forma do art. 102, I, "a", da CF], de forma abstrata.

No controle difuso ou incidental, a inconstitucionalidade da lei é arguida no curso do processo, sendo prejudicial à solução do litígio existente entre as partes (MARINONI, 2016, p. 943). Já no controle concentrado ou abstrato a questão da inconstitucionalidade da norma é o próprio objeto da ação, inexistindo partes envolvidas em um litígio (MARINONI, 2016, p. 940). Marinoni (2016, p. 940) esclarece que "o controle abstrato ocorre em processo voltado unicamente à análise da constitucionalidade da norma, fazendo surgir, neste sentido, um processo autônomo para o controle de constitucionalidade".

1.2 O controle de convencionalidade

A expressão controle de convencionalidade foi primeiramente utilizada em um julgamento da Corte IDH, em novembro de 2003, no caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (MAC-GREGOR, 2016, p. 14), em um voto concorrente proferido pelo Juiz Sergio García Ramírez. Na decisão, o controle de convencionalidade foi mencionado para se referir à jurisdição da Corte internacional que imputa responsabilidade ao Estado por descumprir obrigações soberanamente assumidas por meio da CADH (CASO Myrna Mack Chang vs. Guatemala, 2003, par. 26/27).

A teoria do controle de convencionalidade foi o resultado da evolução da jurisprudência da Corte IDH, inexistindo previsão expressa na CADH para que os tribunais e juízes locais apliquem os tratados de direitos humanos ratificados em conformidade com a jurisprudência do Tribunal interamericano.

Na perspectiva da Corte IDH, o controle de convencionalidade, no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pode ser definido como a operação realizada pelos juízes da Corte IDH e dos Tribunais dos Estados para compatibilização da legislação interna dos Estados-partes às normas da CADH, seguindo a interpretação que a Corte faz dessas normas⁵⁰.

Em voto concorrente, no caso *Tibi vs. Ecuador* (2004, par. 3), o Juiz Sergio García Ramírez sustentou que sua tarefa se assemelhava a dos tribunais constitucionais, já que esses inspecionam os atos impugnados a luz das regras, princípios e valores de sua lei fundamental. Em outras palavras, se os tribunais constitucionais controlam a “constitucionalidade” e a Corte IDH resolve a cerca da “convencionalidade”.

Nesse contexto, a teoria do controle de convencionalidade atribui aos juízes e tribunais dos respectivos Estados-partes um dever de interpretar e aplicar a CADH em conformidade com a jurisprudência da Corte IDH em matéria de direitos humanos em detrimento de sua própria ordem jurídica (OLANO GARCÍA, 2016, p. 62). O objetivo da criação desse tipo de controle pela Corte IDH foi fazer o Estado-parte cumprir o *corpus iuris* interamericano [CADH e seus Protocolos Adicionais] e sua jurisprudência (MAC-GREGOR, 2012, p. 532). Com isso, a prática do controle de convencionalidade nos termos propostos pela Corte IDH provoca uma expansão no sistema jurídico do Estado, pois, além da Constituição e de sua jurisprudência interna, os tratados, declarações e atos internacionais passam a formar o chamado “bloco de

50 Cf. Caso *Gelman vs. Uruguay* (2011, par. 193): “193. Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben 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”.

constitucionalidade/convencionalidade”, a fim de consagrar maior efetividade à aplicação dos direitos humanos ao caso concreto (MAC-GREGOR, 2012, p. 532).

Cabe esclarecer que parte da doutrina chama esse controle de convencionalidade realizado pelos juízes e tribunais nacionais de “controle difuso de convencionalidade”. Conforme os ensinamentos de Mac-Gregor (2012, pp. 531-532), o *controle difuso de convencionalidade* pode ser definido como “[...] a análise da compatibilidade que sempre deve ser feita entre atos e normas nacionais e a CADH, seus protocolos adicionais e a jurisprudência da Corte IDH, único órgão jurisdiccional do SIDH que interpreta de forma ‘final’ e ‘definitiva’ o Pacto de São José” (tradução nossa)⁵¹. Seria difuso porque realizado no próprio processo principal, de forma incidental, ao se declarar a incompatibilidade da norma interna com o tratado internacional de direitos humanos.

No entanto, entendemos que é inviável inferir que o juiz ou tribunal interno realiza um *controle difuso de convencionalidade*, entendemos que se trata de um *controle de convencionalidade interno*, desde que o juiz decida seguir a jurisprudência da Corte IDH em relação à norma que está sendo aplicada ao caso concreto, ou quando resolve afastar a interpretação do Tribunal, não se tratando verdadeiramente de um controle realizado no nível hierárquico entre os sistemas jurídicos [o interno e o interamericano]. O *controle de convencionalidade interno* parte do pressuposto que inexistente conflito hierárquico entre a norma interna e a internacional, considerando que esta já se encontra incorporada com hierarquia constitucional ou supralegal, ficando adstrito apenas à interpretação do tratado internacional à luz da jurisprudência da Corte IDH ou então nos casos em que ocorre antinomia entre o tratado ratificado e a Constituição do Estado. Neste aspecto, a classificação proposta por Ramos (2018, p. 522), ao apontar duas espécies de controle, ou seja, um controle de matriz nacional e um controle de matriz internacional, atende melhor o que representa o controle de convencionalidade realizado pelos juízes e tribunais nacionais e aquele realizado pela Corte IDH.

2. O CONTROLE CONCENTRADO DE CONVENCIONALIDADE

Partindo da correlação com o *controle concentrado de constitucionalidade*, alguns autores estabeleceram a existência de uma espécie de “controle concentrado de convencionalidade”. Mazzuoli (2016, p. 189) sustenta a existência de um *controle concentrado de convencionalidade* nos casos de tratados de direitos humanos equivalentes às emendas

⁵¹ “El ‘control difuso de convencionalidad’ constituye un nuevo paradigma que deben de ejercer todos los jueces mexicanos. Consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus Protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que interpreta de manera “última” y “definitiva” el Pacto de San José” (MAC-GREGOR, 2012, pp. 531-532).

constitucionais (§ 3º do art. 5º da CF), cuja competência seria do Supremo Tribunal Federal, por meio do processo constitucional objetivo⁵²:

Para além do controle difuso de convencionalidade, o modelo brasileiro comporta ainda o controle concentrado da convencionalidade das leis, quando em causa os tratados de direitos humanos “equivalentes” às emendas constitucionais, ou seja, quando se tratar daquelas normas internacionais de direitos humanos incorporadas nos termos do art. 5.º, § 3.º, da Constituição. (MAZZUOLI, 2016, p. 189).

Contudo, a correlação não parece possível, uma vez que o *controle concentrado de constitucionalidade* ocorre quando o Tribunal constitucional decide sobre a compatibilidade de uma lei com a Constituição do Estado por meio de uma ação constitucional própria e abstrata.

No Direito Constitucional Processual há apenas previsão de controle concentrado de constitucionalidade. Ainda que no *controle concentrado de constitucionalidade* o Supremo Tribunal Federal possa levar em consideração o tratado internacional com equivalência de emenda constitucional, isso é feito nos limites impostos pela Constituição, porquanto a norma já se encontra incorporada com *status* constitucional formal e material.

No caso do controle de convencionalidade exercido pela Corte IDH, ainda que se considere a sua atuação como um tribunal *supraconstitucional*⁵³ em matéria de direitos humanos, tese que não concordamos, não é possível inferir que a atividade realizada pela Corte IDH de afastar uma lei de determinado país por contrariar ou reduzir os efeitos da CADH signifique o exercício de um *controle concentrado de convencionalidade* [externo], considerando que o objeto da ação na Corte não é a invalidade da norma do Estado em si, mas a violação do direito humano previsto no tratado.

Em verdade, a atividade da Corte IDH resulta sempre em um *controle de convencionalidade externo*, que pode ser chamado de *controle de convencionalidade originário* para distingui-lo do *controle de convencionalidade interno*, aquele realizado pelos juízes e tribunais dos Estados-partes.

Assim, o *controle de convencionalidade originário* [ou *externo*] decorre da prerrogativa da Corte IDH de atuar como o último e autêntico intérprete dos tratados internacionais de direitos humanos no continente americano. Ou seja, o Tribunal interamericano realiza uma espécie

⁵² No mesmo caminho Menezes (2009, p. 277), quando afirma: “Em sede de controle concentrado também é possível verificar a adequação de uma norma interna ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Basta que se utilizem as ações próprias do controle de constitucionalidade para a consecução dos fins pretendidos no controle de convencionalidade. As ações são as mesmas, muda apenas o parâmetro do controle – que serão, necessariamente, as normas internacionais de direitos humanos. A legitimação, porém, será forçosamente limitada ao rol restritivo do artigo 103 da Constituição Federal”.

⁵³ “Supraconstitucional” no sentido de que os tratados e convenções internacionais comporiam um sistema jurídico internacional acima da Constituição do Estado-parte, com uma presumida supremacia sobre essas constituições.

de *controle de convencionalidade próprio*, também podendo ser chamado de *externo*, conforme esclarece Ramirez (2011, p. 126):

O controle próprio, original ou externo da convencionalidade recai sobre o tribunal supranacional chamado a exercer o confronto entre os atos legislativos domésticos e os dispositivos convencionais, no seu caso, com o objetivo de avaliar a compatibilidade entre ambos – sob o preceito do direito internacional dos direitos humanos, e resolver a disputa com uma sentença declaratória e condenatória que, quando apropriada, corresponde. Em resumo, esse controle é de responsabilidade original e oficialmente da Corte IDH quando se trata de examinar casos que chegue a seu conhecimento, aos quais aplica normas de acordo com sua própria jurisdição material. É por isso que se faz alusão a um controle próprio, original ou externo (tradução nossa)⁵⁴.

O controle de convencionalidade *próprio* ou *externo* ocorre nos julgamentos em que a Corte IDH decide sobre o não cumprimento dos tratados ratificados pelos Estados-partes para um determinado caso específico, afastando a aplicação da norma interna do Estado ou então dando interpretação conforme a norma internacional, a fim de conferir prevalência dos direitos humanos internacionais.

Em última análise, reconhecer a existência de um *controle concentrado de convencionalidade* no âmbito internacional seria o mesmo que admitir o caráter supraconstitucional das normas da CADH em relação às Constituições dos Estados-partes. No entanto, ainda que a Corte Interamericana possa declarar em um determinado caso sob sua jurisdição a invalidade de um dispositivo da Constituição de um Estado contrário a um preceito do tratado internacional com caráter *erga omnes*, não é possível concluir que essa atividade se traduza em um *controle concentrado de convencionalidade*, vez que ocorre na via incidental, sem que a decisão da Corte possua caráter objetivo e abstrato, como acontece no controle concentrado de constitucionalidade.

Como consequência, não é possível conceber que o controle de convencionalidade realizado pela Corte IDH ocorra de forma *concentrada*, porquanto o Tribunal internacional não atua como uma última instância da jurisdição doméstica.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal jamais poderá realizar um “controle concentrado de convencionalidade”, mesmo que em uma ação de controle concentrado de constitucionalidade, mas apenas um *controle de convencionalidade interno*.

⁵⁴ Cf. Ramirez (2011, p. 126): “El control propio, original o externo de convencionalidad recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales, en su caso, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquéllos y éstas —bajo el imperio del derecho internacional de los derechos humanos—, y resolver la contienda a través de la sentencia declarativa y condenatoria que, en su caso, corresponda. En definitiva, ese control incumbe, original y oficialmente, a la Corte IDH cuando se trata de examinar casos de los que aquélla conoce y a los que aplica normas conforme a su propia competencia material. De ahí que haya aludido a un control propio, original o externo”.

Na ordem jurídica brasileira os tratados aprovados em conformidade com o § 3º do art. 5º da CF/88 são incorporados com *status* constitucional formal e material. Ficam sujeitos, portanto, a controle concentrado de constitucionalidade e não a “controle concentrado de convencionalidade”. Pode, entretanto, haver *controle de convencionalidade interno*, desde que se decida não só com base nos preceitos do tratado ratificado, mas também por meio de um diálogo com a jurisprudência da Corte IDH.

Desse modo, a Corte IDH realiza o *controle de convencionalidade externo*, por meio de seus juízes, como autêntico intérprete da CADH, enquanto os juízes e tribunais nas jurisdições de seus respectivos Estados realizam um *controle de convencionalidade interno*, quando analisam um determinado caso concreto e decidem aplicar a jurisprudência da Corte IDH com fundamento nos tratados internacionais ratificados ou então quando decidem afastar essa jurisprudência, caso em que podem, inclusive, aplicar outra norma de seu sistema jurídico mais favorável ao indivíduo.

Em outras palavras, sendo a Corte IDH de Direitos Humanos o autêntico intérprete do tratado internacional, somente ela pode realizar o controle de convencionalidade de forma originária, ainda que não estejamos falando de um verdadeiro “controle concentrado de convencionalidade”, enquanto o *controle de convencionalidade interno* deve ser exercido no âmbito dos tribunais e juízes dos respectivos Estados, desde que estabeleçam um *diálogo bidirecional* com a jurisprudência da Corte IDH.

Porém, esse *controle de convencionalidade interno* não se confunde com o controle de constitucionalidade, sendo possível a realização do *controle de convencionalidade interno* no âmbito da jurisdição constitucional (controle de constitucionalidade difuso/concentrado).

Em resumo, o Tribunal Constitucional pode realizar o *controle de convencionalidade interno* em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que decida afastar a aplicação de preceito constitucional contrário à CADH, com efeitos *erga omnes*, com base no princípio *pro homine*. No entanto, tal procedimento não se trata de “controle concentrado de convencionalidade”, mas de típico controle concentrado de constitucionalidade⁵⁵.

Dessa forma, os juízes nacionais podem realizar o controle de convencionalidade no âmbito interno, porém, discordamos da existência de um *controle concentrado de convencionalidade* de competência do Supremo Tribunal Federal. Em verdade, sequer podemos constatar a existência de um “controle concentrado de convencionalidade” no âmbito da Corte IDH, que, embora tenha a última palavra sobre a interpretação da CADH⁵⁶, realiza um controle de convencionalidade originário, próprio ou externo.

⁵⁵ A inconstitucionalidade da norma interna pode ser declarada por violação direta à norma constitucional integrante da constituição formal e material (§ 3º do art. 5º da CF) ou por violação direta ao § 2º do art. 5º da CF por inobservância do *status* supralegal dos tratados internacionais incorporados com essa natureza.

⁵⁶ Cf. Caso Vargas Areco vs. Paraguay (2006, par. 6): “6. La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el “control de convencionalidad” fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede,

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há uma tendência em parcela da doutrina nacional de reconhecer a possibilidade de o Poder Judiciário exercer o controle de convencionalidade na forma concentrada, afastando a aplicação de determinada lei interna violadora de norma de direitos humanos contida em convenção ou tratado internacional. No entanto, não é possível conceber a existência de um controle concentrado de convencionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal. Se o controle concentrado de convencionalidade fosse possível, este somente poderia ser exercido pela Corte IDH, na qualidade de último e definitivo intérprete da CADH, situação que também não se constata na jurisdição interamericana.

ni pretende --jamás lo ha hecho--, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno. La expresión de que el Tribunal interamericano constituye una tercera o cuarta instancia, y en todo caso una última instancia, obedece a una percepción popular, cuyos motivos son comprensibles, pero no corresponde a la competencia del Tribunal, a la relación jurídica controvertida en éste, a los sujetos del proceso respectivo y a las características del juicio internacional sobre derechos humanos”.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, NORBERTO. A ERA DOS DIREITOS. TRADUÇÃO: CARLOS NELSON COUTINHO. RIO DE JANEIRO: ELSEVIER, 2004.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. BRASÍLIA: SENADO FEDERAL, 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CASO MYRNA MACK CHANG VS. GUATEMALA. FONDO, REPARACIONES Y COSTAS. SENTENÇA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2003, SERIE C, N. 101. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.CORTEIDH.OR.CR/DOCS/CASOS/ARTICULOS/SERIEC_101_ESP.PDF](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/SERIEC_101_ESP.PDF). ACESSO EM: 22 SET. 2018.

_____. CASO TIBI VS. ECUADOR. EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS. SENTENÇA DE 7 DE SETEMBRO DE 2004. SERIE C, N. 114, VOTO CONCORRENTE JUIZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ. DISPONÍVEL EM: [WWW.CORTEIDH.OR.CR/DOCS/CASOS/ARTICULOS/SERIEC_114_ESP.PD](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/SERIEC_114_ESP.PD). ACESSO EM: 22 SET. 2018.

_____. CASO VARGAS ARECO VS. PARAGUAY. FONDO, REPARACIONES Y COSTAS. SENTENÇA DE 26 DE SETEMBRO DE 2006, SÉRIE C, N. 154. DISPONÍVEL EM: [WWW.CORTEIDH.OR.CR/DOCS/CASOS/ARTICULOS/SERIEC_155_ESP.PDF](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/SERIEC_155_ESP.PDF). ACESSO EM: 22 SET. 2018.

_____. CASO GELMAN VS. URUGUAY. FONDO Y REPARACIONES. SENTENÇA DE 24 DE FEVEREIRO DE 2011, SÉRIE C, N. 221. DISPONÍVEL EM: [WWW.CORTEIDH.OR.CR/DOCS/CASOS/ARTICULOS/SERIEC_221_ESP1.PDF](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/SERIEC_221_ESP1.PDF). ACESSO EM: 22 SET. 2018.

MAC-GREGOR, EDUARDO FERRER. INTERPRETACIÓN CONFORME Y CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD; EL NUEVO PARADIGMA PARA EL JUEZ MEXICANO. IN: MAC-GREGOR, EDUARDO FERRER (COORD.). EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD. DIÁLOGO ENTRE LA CORTE IDH DE DERECHOS HUMANOS Y LOS JUECES NACIONALES. ED. FUNDAP, MÉXICO, 2012.

_____. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH DE DERECHOS HUMANOS. IN: DUARTE, FABIANE PEREIRA DE OLIVEIRA (COORD); CRUZ, FABRÍCIO BITTENCOURT DA (COORD); JARDIM, TARCISO DAL MASO (COORD). CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. BRASÍLIA: CNJ, 2016.

MARINONI, LUIZ GUILHERME. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. IN: SARLET, INGO WOLFGANG; _____; MITIDIERO, DANIEL. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 6. ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2016, CAP. 8 (SEGUNDA PARTE), P. 881-1356.

MAZZUOLI, VALÉRIO DE OLIVEIRA. O CONTROLE JURISDICIONAL DA CONVENCIONALIDADE DAS LEIS. 4. ED. REV., ATUAL E AMPL. SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2016.

MENEZES, ANDRÉ FELIPE BARBOSA DE. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. 2009. 361 F. DISSERTAÇÃO (MESTRADO EM DIREITO). UNIVERSIDADE DE FEDERAL DE PERNAMBUCO, RECIFE, 2009.

OLANO GARCÍA, HERNÁN ALEJANDRO. TEORÍA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDADE. SANTIAGO DE CHILE: ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, ANO 14, N. 1, 2016, P. 61-94. ISSN 07180195.

RAMÍREZ, SERGIO GARCÍA. EL CONTROL JUDICIAL INTERNO DE CONVENCIONALIDADE. REVISTA DEL INSTITUTO DE CIENCIAS JURÍDICAS DE PUEBLA A.C., V. 5, N. 28, DICIEMBRE, 2011, PP. 123-159.

RAMOS, ANDRÉ DE CARVALHO. CURSO DE DIREITOS HUMANOS. 5. ED. SÃO PAULO: SARAIVA EDUCAÇÃO, 2018.

SILVA, JOSÉ AFONSO DA. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO. 9. ED. REV. E AMPL. SÃO PAULO: MALHEIROS EDITORES, 1993.

FECHAMENTO DA FRONTEIRA BRASIL X VENEZUELA: UMA ANÁLISE DA ACO 3.121 E SUAS REPERCUSSÕES NA GARANTIA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS

Orientadora: Clarissa Marques⁵⁷

Caroline Bezerra Silva (Direito/UPE)⁵⁸

Resumo: A Ação Cível Originária proposta pelo estado de Roraima levou ao Supremo Tribunal Federal a pauta da situação dos refugiados venezuelanos, discutindo-se o pedido de fechamento temporário da fronteira entre Brasil e Venezuela, a fim de limitar o ingresso de imigrantes venezuelanos no país. Nesse sentido, partindo do pedido de liminar para o fechamento temporário da fronteira entre os Brasil e Venezuela, proposto na Ação Cível Originária 3.121, pretende-se discutir de que forma limitar a entrada de mais de 40.000 naturais venezuelanos no território brasileiro reflete nos direitos e garantias internacionais de proteção aos refugiados. O presente estudo também busca identificar as consequências da entrada constante, porém desorganizada de imigrantes venezuelanos no norte do país e como o despreparo do Brasil em lidar com esta situação extraordinária gerou impactos nos lugares que recebem diretamente esse volume de refugiados, culminando na solicitação do fechamento temporário da fronteira. Utiliza-se o método indutivo, bem como uma abordagem qualitativa e a pesquisa bibliográfica e documental a fim de desenvolver o presente trabalho. O referencial teórico é composto por autores como Laura Madrid Sartoretto e Liliana Lyra Jubilut. A presente pesquisa traz para o debate em sede de Direito Internacional e Constitucional a questão da soberania do Estado brasileiro em decidir sobre limitar a entrada de imigrantes em seu território. Não obstante, o estudo ainda contribui para discutir de que forma é possível conciliar as necessidades e limitações de um país com o dever ratificado pelo mesmo, em âmbito internacional, de conceder auxílio e proteção aos imigrantes e refugiados que ingressam seu território. Dessa forma, o trabalho apresenta em suas considerações finais que, além da responsabilidade legal que o Brasil tem para com refugiados e migrantes forçados, é de igual relevância a responsabilidade moral do Estado em prestar apoio à estas famílias em situação precária, mesmo que esta não seja a solução mais confortável e exija esforços conjuntos de todo o país.

⁵⁷ Professora da Universidade de Pernambuco (UPE) e do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Faculdade Damas (Recife/PE), Coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisas Transdisciplinares sobre Meio Ambiente, Diversidade e Sociedade (GEPT/UPE/CNPq), Coordenadora do Coletivo Direitos em Movimento (UPE) e integrante do Grupo de Pesquisa Historiografias Decoloniais: direito, natureza e coletividades na América Latina. E-mail: marquesc2504@gmail.com.

⁵⁸ Graduanda de Direito pela Universidade de Pernambuco (UPE – Campus Arcoverde). Email: carobezsilva@hotmail.com

Palavras-chave: Fronteira; Brasil. Venezuela. ACO. Refugiados.

Abstract: The Original Civil Action filed by the state of Roraima led the Supreme Court to rule on the situation of Venezuelan refugees, discussing the request for the temporary closure of the border between Brazil and Venezuela, in order to limit the entry of Venezuelan immigrants into the country. In this sense, based on the request for a preliminary injunction for the temporary closure of the border between Brazil and Venezuela, proposed in the Civil Action 3.121, it is intended to discuss how limiting the entry of more than 40,000 Venezuelan natural persons into Brazilian territory reflects in the rights and guarantees of refugee protection. The present study also seeks to identify the consequences of the constant but disorganized influx of Venezuelan immigrants in the north of the country and how Brazil's lack of preparation to deal with this extraordinary situation has generated impacts in places that directly receive this volume of refugees, culminating in the request for closure of the border. The inductive method is used as well as a qualitative approach and bibliographical and documentary research in order to develop the present work. The theoretical reference is composed by authors such as Laura Madrid Sartoretto and Liliana Lyra Jubilut. The present research brings to the debate in International and Constitutional Law the question of the sovereignty of the Brazilian State in deciding on limiting the entry of immigrants in its territory. Nevertheless, the study also contributes to discuss how it is possible to reconcile the needs and limitations of a country with its internationally ratified duty to provide aid and protection to immigrants and refugees entering its territory. Thus, the paper presents in its final considerations that, in addition to Brazil's legal responsibility to refugees and forced migrants, the State's moral responsibility to provide support to these families in a precarious situation is equally relevant, even if it is not the most comfortable solution and require joint efforts across the country.

Keywords: Border. Brazil. Venezuela. ACO. Refugees.

INTRODUÇÃO

Neste artigo propõe-se analisar a pauta do aumento do fluxo de refugiados venezuelanos que adentram o território brasileiro pelo estado de Roraima, fugindo da crise econômica e política de seu país natal. Partindo do pedido de liminar para o fechamento temporário da fronteira entre os Brasil e Venezuela, proposto na Ação Cível Originária 3.121, pretende-se discutir a questão da soberania do Estado brasileiro em decidir por limitar a entrada de imigrantes em seu território.

Porquanto, existem questões que permeiam o debate sobre quais as políticas brasileiras existentes de proteção aos refugiados, em razão do grande fluxo de venezuelanos que estão

entrando no Brasil e da necessidade iminente de preparo público para o acolhimento e atendimento às demandas desses imigrantes, bem como da população brasileira que reside em localidades próximas à fronteira.

Não obstante, há questionamentos acerca da forma com que o aumento do fluxo migratório no norte do país modificou o contexto social do estado de Roraima, a ponto de motivar o requerimento de fechamento temporário da fronteira. De igual modo, a análise dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, bem como da Constituição Federal, enseja o debate sobre a soberania brasileira e a constitucionalidade do pedido de fechamento da fronteira.

Nesse sentido, o estudo contribui para o debate acerca das políticas brasileiras de acolhimento de refugiados, discutindo-se a possibilidade de fechamento da fronteira ou de aplicação de medidas discriminatórias pelo governo estadual, a fim de remediar os impactos causados pelo despreparo do sistema público em lidar com esta situação extraordinária.

1. MOTIVOS QUE LEVARAM AO PEDIDO DE FECHAMENTO DA FRONTEIRA ENTRE A VENEZUELA E O ESTADO DE RORAIMA

A Venezuela passa hoje por uma profunda e avassaladora crise sócio-econômica, oriunda da queda nos preços dos barris de petróleo, a qual resultou em uma alta inflação e escassez de produtos básicos de consumo (BASTOS, 2018). Em razão disso, nos últimos anos, houve um aumento considerável no número de naturais venezuelanos que viram a saída de seu país de origem como a única solução viável para garantir sua própria sobrevivência e a de seus familiares. Segundo dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), desde 2014 mais de 1,5 milhões de venezuelanos deixaram o país fugindo da crise e buscando melhores condições de vida principalmente em países vizinhos.

Conquanto, os venezuelanos que atravessam a fronteira brasileira, em sua grande maioria o fazem pela imposição de fugir da escassez de alimentos que assola sua terra natal. Em razão disto, ao entrarem no Brasil e serem recepcionados com poucas oportunidades de trabalho, estes imigrantes acabam sendo forçados a laborar em trabalhos inferiores à suas qualificações, ganhando o mínimo necessário para garantir uma refeição diária.

Em outra situação, profissionais de áreas com demanda de mão de obra no estado de Roraima, ainda assim não o podem fazer antes da conclusão do processo de legalização de sua permanência no país - o qual pode vir a durar meses - impedindo assim o exercício de trabalho legalizado pelo imigrante necessitado. Esta prática acaba incorrendo em uma inconsistência de status, pois os imigrantes, ainda que tenham formações em áreas específicas, ao atravessarem as fronteiras acabam sendo forçados a exercer atividades subalternas, ou seja, acabam sendo tidos como trabalhadores desqualificados pelo país que os acolhe (SAYAD, 2001).

Ainda segundo o ACNUR, em novembro de 2017, a população estimada de venezuelanos vivendo no Brasil era de 30.000 pessoas. Ao passo que, em abril de 2018, essa cota já alcançava mais de 52.000 indivíduos, dos quais 40.000 teriam atravessado a fronteira com o Brasil pelo estado de Roraima. Desse montante, 25.000 são solicitantes de refúgio e 10.000 receberam visto de residência temporária.

Como reflexo desta entrada volumosa, porém desorganizada de imigrantes, o governo do estado de Roraima promulgou, em agosto de 2018, o Decreto nº 25.681, estabelecendo restrições no acesso dos refugiados aos serviços públicos brasileiros - tal como a necessidade de apresentação de passaporte para receber atendimento hospitalar público - como forma de conter a demanda que extrapola a oferta de serviços público disponíveis no estado, a qual já era precária.

De fato, segundo Eraldo Silva Jr. (2017), o aumento no número de imigrantes traz à luz novas questões, principalmente nos casos em que o imigrante em questão não é aquele que entra no país com a função de movimentar a economia e fomentar o mercado de trabalho, e sim aquele que busca primordialmente garantir o próprio sustento e que, por isso, passam a depender da já precária rede de assistência social do país.

No estado de Roraima, o que se observou foi um despreparo em lidar com o alto número de venezuelanos instaurados precariamente nos quatro abrigos localizados no estado e que atendem mais de dois mil imigrantes, e dos quais as autoridades estatais dizem trazer impacto significativo no aumento da criminalidade, sobrecarga das unidades de saúde, sobrecarga do ensino público e risco de epidemias.

A forma aparentemente mais fácil de lidar com esta situação extraordinária acaba sendo fechar os olhos para a situação delicada dos milhares de refugiados venezuelanos e optar pela solução de se manter indiferente a tudo aquilo que é estranho e alheio à realidade comum. Dessa forma, Lana dos Santos Vasconcelos (2018) explica, a respeito da situação dos imigrantes venezuelanos na região fronteira brasileira, que

com base nas interações entre os níveis transnacional, nacional e local é possível sugerir que em âmbito municipal a prefeitura preza por ações de “higienização” e expulsão dos venezuelanos. Em âmbito estadual, existem iniciativas precárias de políticas de acolhimento, como abrigos improvisados em ginásios esportivos e policiamento ostensivo de inibição do trabalho de pessoas venezuelanas nas grandes avenidas da cidade. Já a Polícia Federal se mantém sempre presente em espaços de discussões sobre ações de acolhimento e integração dos/as venezuelanas em Boa Vista, mas tendo em vista o caráter complexo de suas atribuições, também protagoniza ações de deportação em massa (VASCONCELOS, 2018, p. 141).

A opção do governo do estado por solicitar o fechamento da fronteira, ainda que possa ser tida como um recurso exasperado em face da situação excepcional em que se encontra o Norte do país, também demonstra um modelo de ação que não deve ser promovido pelo Estado, visto que, pelos princípios constitucionais do país, deve-se prezar pelo acolhimento e reconhecimento da pessoa estrangeira que se encontra em território federal.

Além da responsabilidade legal que o Brasil tem para com refugiados e migrantes forçados, é de igual relevância a responsabilidade moral do Estado em prestar apoio à estas famílias em situação precária, mesmo que esta não seja a solução mais confortável e exija esforços conjuntos de todo o país. Nesse sentido diz Zygmunt Bauman (2016) que

a política de separação mútua e de manter distância, com a construção de muros em vez de pontes, contentando-se com "câmaras de eco" à prova de som, em vez de linhas diretas para uma comunicação sem distorções (e, tudo considerado, lavando as mãos e manifestando indiferença sob o disfarce da tolerância), só leva à desolação da desconfiança mútua, do estranhamento e da exacerbação (BAUMAN, 2016, p. 22- 23).

Destarte, ainda segundo levantamento realizado pelo ACNUR, os venezuelanos que deixam seu país de origem, o fazem entre outros motivos, por ameaça de grupos armados, além do medo – real ou percebido – de se tornarem alvo de perseguição política e ainda pela extrema insegurança, violência e pobreza que assola suas cidades, culminando a perda de renda para sustento próprio e do acesso a serviços sociais essenciais como alimentação e medicamentos. Conquanto, o acesso às fronteiras brasileiras por parte dos imigrantes que saem em fuga de sua terra natal, para tentar obter garantias básicas de sobrevivência em um outro país, demonstram concreta efetivação do dever de proteção assumido internacionalmente pelo Brasil.

2. POLÍTICAS DE PROTEÇÃO E ACOLHIMENTO DE REFUGIADOS E IMIGRANTES NO BRASIL

É sabido que o espectro da migração forçada vai muito mais além do temor de perseguição. O fluxo migratório forçado também pode ocorrer por diversas outras razões não contempladas pela definição clássica de refugiados conhecida no Direito Internacional. Estas, por sua vez, consistem em situações em que o indivíduo, por algum motivo, não se vê mais seguro em permanecer no seu país, a exemplo da saída em fuga de conflitos armados.

Visando abranger este amplo núcleo de migrantes forçados é criada, na América Latina, a Declaração de Cartagena de 1984, onde, além da definição clássica de 1951, também se enquadraria no conceito de refugiado aquele tenha fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras

circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. É com base na Declaração de Cartagena que, em 1997, o Brasil promulga a Lei nº. 9.474, pela qual fica amplamente reconhecido como refugiado, pelo Estado brasileiro, além dos termos oriundos da Convenção de 51, todo aquele que é obrigado a sair do seu território motivado por grave violação de Direitos Humanos (CORREA, 2015).

Conquanto, a criação da Lei tornou possível o reconhecimento de migrantes forçados de qualquer lugar do mundo como refugiados pelo estado brasileiro, além de inovar proporcionando que os refugiados exercessem trabalho remunerado - ainda que na condição de solicitantes de refúgio - e também a possibilidade de se estender a concessão do refúgio aos demais membros da família do refugiado.

Não obstante, após o reconhecimento da condição jurídica de refugiado, é emitida pela Polícia Federal uma espécie de carteira de identidade, a qual garante ao indivíduo assistência médica e autorização do governo para estudar e trabalhar. Ademais, em alguns casos o refugiado pode ainda ser qualificado pelo ACNUR para receber auxílio financeiro equivalente a um salário mínimo durante certo um período de tempo enquanto se julgar necessário (FISCHEL DE ANDRADE; MARCOLINI, 2002).

Desse modo, observa-se que a legislação nacional dispõe de três hipóteses distintas de soluções duradouras para os refugiados acolhidos em território brasileiro, quais sejam o repatriamento voluntário, onde o refugiado retorna por vontade própria ao seu país uma vez que não restarem mais caracterizadas as condições de refúgio; o reassentamento, onde o refugiado é transferido para outro local - que não o seu país de origem - e, assim, reassentado neste; e a integração local, onde o refugiado é levado a compor a própria comunidade do país que o acolheu (MOREIRA, 2010).

É, portanto, através do processo de integração local que o refugiado será inserido na sociedade brasileira. Todavia, este processo apresenta um alto grau de complexidade, uma vez que, para que esta política seja de fato efetivada, é necessário garantir a todos os refugiados serviços especiais como ensino da língua oficial do país. Além disso, para que o refugiado seja, de fato, integrado na comunidade, é preciso propiciar serviços substanciais tal como acesso à educação, saúde, oportunidades de emprego e moradia, ao passo que, na realidade, muitos desses serviços básicos não são garantidos nem mesmo aos próprios residentes do país. Somado a isto ainda há o fato da legislação brasileira ter sido omissa quanto ao acesso destes refugiados às políticas públicas nacionais, dificultando ainda mais a efetiva integração do migrante forçado.

A integração local do refugiado acaba se dando através de uma gestão tripartite entre governo federal, sociedade civil e atuação do ACNUR. Conquanto, a União fica encarregada de promover o acesso a demandas básicas como saúde e educação, já disponíveis para a população em geral, enquanto a ACNUR é responsável por financiar os serviços prestados

por instituições religiosas, a exemplo das Cáritas Arquidiocesanas, que atuam, em parcerias com outras instituições públicas e privadas, na frente civil de apoio aos refugiados, oferecendo apoio jurídico e fornecendo alimentos, acesso a cursos de idioma e de capacitação para possibilitar a entrada destes indivíduos no mercado de trabalho. Porquanto, descreve Júlia Bertino Moreira (2014), no tocante à efetivação do processo de integração local, que

o direito à saúde é garantido mediante o atendimento médico em hospitais públicos e fornecimento de medicamentos adquiridos com verba do ACNUR. Já o direito à educação é propiciado pelo ingresso em escolas e universidades públicas. A alimentação e moradia são fornecidas a partir de convênios firmados com instituições da citada rede de apoio aos refugiados no país (p. 93).

Destarte, a situação dos venezuelanos no norte do país possui um caráter excepcional, uma vez que estes indivíduos em sua grande maioria ainda não possuem a condição de refugiados reconhecida pelo estado brasileiro. Ocorre que, desde 2017, está em vigor a Lei nº.13.445, a qual versa sobre o movimento migratório e trouxe a previsão de um visto temporário específico para o migrante em situação de acolhida humanitária, adequado para pessoas em situação de migração forçada, mas que não se enquadram na lei do refúgio.

Conquanto, ainda que o Brasil tenha reconhecido a migração venezuelana como oriunda de uma crise humanitária e, portanto, o procedimento adequado seja a solicitação de visto de acolhida humanitária, a maioria dos venezuelanos ainda recorrem ao pedido de refúgio. Segundo dados do CONARE, 52,75% das 33.866 solicitações de refúgio realizadas no Brasil, apenas no ano de 2017, foram feitas por venezuelanos, importando em quase 18 mil pedidos. Dessa forma, em vista da crescente demanda de acolhimento dos venezuelanos que atravessam a fronteira, porém atento ao fato de que estes indivíduos ainda não possuem sua permanência no país formalizada e legalizada, o governo busca amenizar a situação através de assistências emergenciais nos locais mais necessitados de atenção, a exemplo de repasse de recursos para os fundos estaduais e municipais de saúde, educação e assistência social dos estados e cidades próximas à fronteira.

3. CONTRIBUIÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E DA LEGISLAÇÃO INTERNA NO INDEFERIMENTO DA LIMINAR DE FECHAMENTO DA FRONTEIRA

Analisando a decisão do Supremo Tribunal Federal por indeferir o fechamento temporário da fronteira entre o Brasil e a Venezuela, é possível observar que os principais pontos levantados pela ministra Rosa Weber para fundamentar o juízo do referido órgão julgador são os compromissos firmados pelo Brasil perante a comunidade internacional bem como o próprio

ordenamento jurídico brasileiro no sentido de salvaguardar a prevalência dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, há de se observar que, embora legítima, a discricionariedade do poder executivo proveniente da soberania do Estado brasileiro, não é ilimitada, devendo, portanto, ser exercida em conjunto com os tratados internacionais firmados pelo Brasil, a legislação interna e especialmente em acordo com a Constituição Federal. Conquanto, encontram-se presentes na Carta Magna princípios basilares do Direito, quais sejam a proteção dos Direitos Humanos e Dignidade da Pessoa Humana, que, aplicados no contexto do Direito Internacional, traduzem suma importância para a proteção dos refugiados.

Destarte, principalmente em se tratando de uma situação que ocorre na América Latina, a decisão da ministra do Supremo ressalta a grande mudança trazida pela Declaração de Cartagena sobre os Refugiados em 1984, qual seja o reconhecimento de violação grande e generalizada de direitos humanos como condição suficiente para que o indivíduo seja reconhecido como refugiado. Inspirando-se na Declaração de Cartagena, o Brasil promulgou a lei 9.47/97, popularmente conhecida como Lei do Refugiado, pela qual se amplia o conceito de refugiado como o indivíduo que devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Para Liliana Lyra Jubilut (2017), este conceito traz ainda mais flexibilidade em relação às conceituações anteriores, além de diminuir as limitações trazidas pelos primeiros documentos internacionais acerca do conceito de refugiados ao aproximá-lo do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ademais, com a adoção deste conceito baseado em uma violação de direitos humanos, passa-se a focar mais na situação objetiva do país de origem e não necessariamente na pessoa individual do refugiado, dirimindo a clássica limitação dada pelo critério de perseguição individual e assumindo um caráter mais amplo em relação às garantias dos direitos humanos. Conquanto, com a mudança destes critérios, tem-se a nível internacional um conceito capaz de garantir proteção ao indivíduo vítima de qualquer violação de direitos humanos e não tão somente os civis e políticos.

Destarte, é através dos compromissos assumidos internacionalmente pelos Estados e, em alguns países, a exemplo do Brasil, da existência de legislação interna disciplinando a temática dos refugiados, que se torna possível remediar esta questão humanitária e garantir a proteção e acolhida destes refugiados, os quais foram destituídos de suas garantias ao deixar seu país de origem, a fim de que estes não se tornem definitivamente sujeitos sem direitos. Desse modo, o STF reconhece que mesmo quando não se tratar de sujeitos qualificados como refugiados, os movimentos migratórios forçados sempre demandam atenção especial dos Estados, na medida em que são oriundos de causas sempre alheias à vontade dos indivíduos que migram. Nesse contexto, Rosita Milesi (2003, p. 51) preconiza que

muitos dos países da América Latina produziram uma legislação interna que recolhe obrigações contraídas em nível internacional e criaram adequadas comissões nacionais de elegibilidade. Isso facilita enormemente a proteção de refugiados, pois as autoridades nacionais podem referir-se com facilidade à própria legislação interna e aos mecanismos por esta produzidos. O Estado cumpre desta maneira uma das obrigações que decorrem da adesão à Convenção de 51 e/ou ao Protocolo de 67.

Não obstante, a decisão do STF traz para o debate a recente lei de migração brasileira (Lei 13.445/2017), a qual segue esta tendência e inova ao introduzir no ordenamento jurídico nacional o conceito da acolhida humanitária, dando ênfase em seus dispositivos aos princípios da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, além de promover 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 e da cooperação internacional com Estados de origem, de trânsito e de destino de movimentos migratórios, a fim de garantir efetiva proteção aos direitos humanos do migrante. Destarte, ao reconhecer o conceito de refugiado por uma ótica mais ampla, o Estado assume a obrigação de acolher o indivíduo em situação de migração forçada, por gerar uma legítima expectativa nos migrantes de que estes conseguirão um reconhecimento no país que adentram ou que pelo menos sua situação será avaliada pelo governo deste. Porquanto, na ACO 3.121 também se é discutido o limite normativo à soberania do Estado, por força da Lei de Migração, uma vez que este fica proibido de devolvê-lo compulsoriamente ao país onde sua vida ou liberdade estariam em risco, o que de fato ocorreria com o fechamento das fronteiras e a negação de acolhida aos venezuelanos que procuram refúgio em território brasileiro.

Conquanto, ainda que nem todos os venezuelanos solicitantes de refúgio tenham as características objetivas suficientes para serem reconhecidos como tal, estes imigrantes ainda estão amparados pelo ordenamento jurídico brasileiro, por serem indivíduos em situação de vulnerabilidade e forçados a migrar para garantir sua sobrevivência, e conseqüentemente aptos a receberem acolhida humanitária por parte do governo brasileiro. Em razão disto, não se justifica - tanto pela ótica jurídica como pela ótica moral - que as fronteiras sejam fechadas ou que o acesso dessas pessoas seja impedido.

Não obstante, nas palavras de Laura Madrid Sartoretto (2018), enquanto as “as fronteiras são cada vez mais efêmeras e permeáveis para bens e capitais, os migrantes forçados e solicitantes de refúgio não recebem o mesmo tratamento facilitado”, em vista das constantes mudanças sociais e das novas causas de deslocamento que surgem em um espaço de tempo cada vez menos, as quais acabam resultando em um processo muito mais árduo e dificultoso para que estas pessoas possam obter os direitos humanos mais básicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que as mudanças nos contextos sociais sempre serão mais rápidas que as mudanças no contexto legal, porquanto estas se embasam na realidade para serem posteriormente normatizadas pelo legislador. É precisamente a situação dos imigrantes venezuelanos, que porquanto não se encaixam na definição clássica de refugiados, ainda ensejam amparo por se tratar de clara questão de migração forçada. Nestes casos, os indivíduos muitas vezes percorrem quilômetros a pé para cruzar a fronteira, mesmo sem saber o que os espera no outro lado, porque para eles o risco vale mais a pena que continuar na situação precária e desumana em que se encontravam no seu país de origem.

Porquanto, mesmo possuindo diversas dificuldades estruturais, econômicas e sociais, o Brasil ainda é um país absolutamente apto a receber e acolher todos o que adentram seu solo em busca de novas oportunidades, porquanto, além de ser um país com enormes dimensões territoriais, é igualmente uma nação culturalmente diversificada, formada pela mistura de etnias, raças e de pensamento, onde o diferente deve ser incentivado, a fim de ser visto não como um inimigo, mas como um acréscimo para a vida em sociedade.

REFERÊNCIAS

BASTOS, JULIA PEDRONI BATISTA. VENEZUELA EM CRISE: O QUE MUDOU COM MADURO?. DERECHO Y CAMBIO SOCIAL. AÑO 15, N. 52, 2018.

BAUMAN, ZYGMUNT. ESTRANHOS À NOSSA PORTA. RIO DE JANEIRO: ZAHAR, 2017.

CORREA, MARIANA ALMEIDA SILVEIRA ET AL. MIGRAÇÃO POR SOBREVIVÊNCIA: SOLUÇÕES BRASILEIRAS. REMHU, REV. INTERDISCIP. MOBIL. HUM.. BRASÍLIA, V. 23, N. 44, P. 221-236, JUN/DEZ 2015.

FISCHEL DE ANDRADE, JOSÉ. H.; MARCOLINI, ADRIANA. 2002. A POLÍTICA BRASILEIRA DE PROTEÇÃO E DE REASSENTAMENTO DE REFUGIADOS: BREVES COMENTÁRIOS SOBRE SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS. IN: REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICA INTERNACIONAL, V. 45, N. 1, P.168-176.

JUBILUT, LILIANA LYRA. O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS E SUA APLICAÇÃO NO ORÇAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. SÃO PAULO: MÉTODO, 2007.

JUBILUT, L. L.; MADUREIRA, A. L. OS DESAFIOS DE PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS E MIGRANTES FORÇADOS NO MARCO DE CARTAGENA + 30. REMHU – REVISTA INTERDISCIPLINAR DA MOBILIDADE HUMANA, BRASÍLIA, V. 22, N. 43, P. 11-33, JUL./DEZ. 2014.

MILESI, ROSITA (ORG.). REFUGIADOS – REALIDADE E PERSPECTIVAS. EDIÇÕES LOYOLA, SÃO PAULO, 2003.

MOREIRA, JULIA BERTINO. REDEMOCRATIZAÇÃO E DIREITOS HUMANOS: A POLÍTICA PARA REFUGIADOS NO BRASIL. REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICA INTERNACIONAL. V. 53. N. 1. BRASÍLIA: JAN./JUL. 2010.

_____. REFUGIADOS NO BRASIL: REFLEXÕES ACERCA DO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO LOCAL. REMHU - REVISTA INTERDISCIPLINAR MOBILIDADE HUMANA, BRASÍLIA, ANO XXII, 2014, N.43, P. 85-98.

SARTORETTO, LAURA MADRID. DIREITO DOS REFUGIADOS: DO EUROCENTRISMO ÀS ABORDAGENS DE TERCEIRO MUNDO. ARQUIPELAGO EDITORIAL, 2018.

SAYAD, ABDELMALEK. A IMIGRAÇÃO OU OS PARADOXOS DA ALTERIDADE. SÃO PAULO: EDUSP, 2001.

SILVA JR., ERALDO. DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS NO SÉCULO XXI. REV. SECR. TRIB. PERM. REVIS, AÑO 5, N. 10, P. 196 - 215, OUT. 2017.

VASCONCELOS, IANA DOS SANTOS. RECEBER, ENVIAR E COMPARTILHAR COMIDA: ASPECTOS DA MIGRAÇÃO VENEZUELANA EM BOA VISTA, BRASIL. REMHU, REV. INTERDISCIP. MOBIL. HUM., BRASÍLIA , V. 26, N. 53, P. 135-151, AGO. 2018.

OCUPAR E RESISTIR: UMA ANÁLISE DA LIDERANÇA FEMININA NA LUTA POR MORADIA NA CIDADE DO RECIFE

Maria Luiza Gonçalves (Direito/UPE)⁵⁹

Luiza Alves (Direito/UFPE)⁶⁰

Aline Mendes (Direito/UPE)⁶¹

Resumo: De acordo com dados da ONG Habitat para a Humanidade, a cidade do Recife apresenta um déficit de aproximadamente 62 mil moradias, e concentra 50% da carência habitacional do estado de Pernambuco. Analisando o fenômeno social da pobreza, ainda é possível perceber que sua preponderância tem um gênero definido: o feminino. Em outros termos, as mulheres figuram no cenário urbano nacional como o maior número de vítimas do déficit habitacional. Nesse sentido, a questão norteadora desta pesquisa foi: como os diversos aspectos que vulnerabilizam as mulheres contribuem para liderança feminina na luta pela moradia? Desse modo, o objetivo geral é compreender o déficit habitacional e o vínculo com a liderança feminina na luta pela moradia, tendo como enfoque a cidade do Recife. Especificamente, investigar os processos de vulnerabilização social feminina, bem como compreender os motivos pelos quais ocorre no interior dessa literatura urbana totalitária uma aproximação entre as mulheres e os movimentos sociais; um devir feminino de resistência e afirmação da vontade de solidariedade e autopreservação, e, por fim, analisar a liderança de Jô Cavalcanti no Movimento dos Trabalhadores sem Teto, MTST. Para que os objetivos fossem alcançados, esse estudo fez uso da pesquisa exploratória, cuja se desenvolve através de levantamentos bibliográficos e documentais, além do estudo de caso. Em uma cidade com mais de 60 mil pessoas vivendo em situação de déficit habitacional, esse trabalho se justifica pela importância de discutir os processos de urbanização e periferização das classes pobres. Além disso, analisar os dados de pobreza e gênero é compreender com maior profundidade as ramificações do machismo e da exploração das mulheres. Portanto, a partir da vulnerabilidade que atinge as mulheres surge a necessidade de efetivar a luta pelos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direito à moradia. Militância feminina. MTST.

⁵⁹ Estudante de graduação em Direito pela Universidade de Pernambuco, integrante do Grupo de Estudos e Pesquisas Transdisciplinares, Meio Ambiente, Diversidade e Sociedade e do Coletivo Direitos em Movimento. E-mail: marialuiza0111@gmail.com

⁶⁰ Estudante de graduação em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, integrante do Grupo de Estudos e Pesquisas Transdisciplinares, Meio Ambiente, Diversidade e Sociedade. E-mail: luiza-mba@hotmail.com

⁶¹ Graduada em Direito pela Universidade de Pernambuco, integrante do Grupo de Estudos e Pesquisas Transdisciplinares, Meio Ambiente, Diversidade e Sociedade e do Coletivo Direitos em Movimento. E-mail: alinemomendes@gmail.com

INTRODUÇÃO

A questão norteadora desta pesquisa foi: como os diversos aspectos que vulnerabilizam as mulheres contribuem para liderança feminina na luta pela moradia? Nesse sentido, a indagação buscou desvendar como a situação de pobreza, que atinge mais diretamente as mulheres, impulsiona esses sujeitos a atuarem na militância em busca da efetivação do direito básico à moradia.

Desse modo, o objetivo geral é compreender o déficit habitacional e o vínculo com a liderança feminina na luta pela moradia, tendo como enfoque a cidade do Recife. Especificamente, investigar os processos de vulnerabilização social feminina, bem como compreender os motivos pelos quais ocorre no interior dessa literatura urbana totalitária uma aproximação entre as mulheres e os movimentos sociais; um devir feminino de resistência e afirmação da vontade de solidariedade e autopreservação, e, por fim, analisar a liderança de Jô Cavalcanti no Movimento dos Trabalhadores sem Teto (MTST).

Para que os objetivos fossem alcançados, esse estudo fez uso da pesquisa exploratória, onde habitualmente se desenvolve sobre levantamentos bibliográficos e documentais, além do estudo de caso (GIL, 2008). Os estudos exploratório e descritivo-explicativo também foram utilizados na medida em que procurou-se compreender melhor o funcionamento da Ocupação Marielle Franco e, dessa forma, contribuir para a formação de conhecimentos, assim como analisar o que levou a existência desse fenômeno. Assim, para Gil (2008, p. 47) “As pesquisas exploratórias têm como principal finalidade desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e ideias [...]”.

Dessa maneira, em uma cidade em que 60 mil pessoas são atingidas pelo déficit habitacional, este trabalho se justifica pela importância de discutir os processos de urbanização e periferização das classes pobres. Ainda, analisar os dados de pobreza e gênero é compreender com maior profundidade as ramificações do machismo e da exploração das mulheres. Por fim, em um momento onde as demandas femininas e outras questões que envolvem as minorias estão em crescente discussão, debater o protagonismo do sexo feminino na luta pela moradia é imprescindível e, assim, pesquisar sobre a Ocupação Marielle Franco é dar visibilidade ao feminismo presente nesse espaço.

A partir disso, foi possível conceber que dentro do sistema patriarcal, mulheres estão em situação de inferioridade em relação aos homens, e isso se aplica também ao que diz respeito à pobreza. Portanto, mulheres, em sua maioria negras, acabam por chefiar suas famílias e serem responsáveis economicamente pelo lar, em consequência disso, tornam-se lideranças na busca por direitos como moradia. A Ocupação Marielle Franco é uma resposta a conjuntura de opressão machista, pois é construída por mulheres e reforça uma organização baseada nas experiências desse gênero. Esse espaço, localizado na parte central da capital de

Pernambuco, se tornou símbolo de resistência feminina não só contra o machismo, mas combatendo o racismo, classismo e outras violências sociais.

1. MULHERES E POBREZA

Nas últimas décadas houve uma evolução na ideia de pobreza, que ganhou novas dimensões a serem consideradas: desigualdade, exclusão social e vulnerabilidade. O primeiro aspecto figura como o principal causador da pobreza, na medida em que impossibilita a inserção dos sujeitos no sistema econômico, gerando desigualdade de renda, de acesso, de meios e de detenção de ativos. Esse processo desencadeia a exclusão social, que se configura como a perda de identidade do indivíduo, através da quebra de laços comunitários e sociais, levando-o a ser rejeitado socialmente. Ademais, a vulnerabilidade desponta como consequência direta dos processos anteriores, aproximando grupos de situações de risco (MELO, 2004).

Dessa forma, para além de uma compreensão individual, a pobreza deve ser entendida enquanto fenômeno multidimensional. Simplificar esse debate à quantificação dos recursos financeiros obtidos pelos indivíduos que compõem a estrutura social é altamente reducionista e ineficaz. Assim, a análise da pobreza não investiga apenas a situação econômica dos sujeitos, mas entende o cenário como resultado de um processo gradual de exclusão social, cultural e política, refletindo as complexidades da contemporaneidade.

A incidência da pobreza, considerada em toda a sua plenitude, por sua vez, tem seu alvo delimitado por uma série de circunstâncias historicamente alinhadas e que necessitam ser analisadas conjuntamente. Nesse sentido, para entender as situações de opressão, é necessária a análise interseccional dos critérios de raça, gênero e classe, que materializam as relações de poder que se somam para estruturar experiências de exploração vivenciadas.

Acerca da abordagem interseccional:

A interseccionalidade remete a uma teoria transdisciplinar que visa apreender a complexidade das identidades e das desigualdades sociais por intermédio de um enfoque integrado. Ela refuta o enclausuramento e a hierarquização dos grandes eixos da diferenciação social que são as categorias de sexo/gênero, classe, raça, etnicidade, idade, deficiência e orientação sexual. O enfoque interseccional vai além do simples reconhecimento da multiplicidade dos sistemas de opressão que opera a partir dessas categorias e postula sua interação na produção e na reprodução das desigualdades sociais (BILGE, 2009, p. 70 apud HIRATA, 1987, p.25)

Dessa maneira, no que tange à realidade social, e conforme destaca Heleieth Saffioti (1997), o poder permanece sendo “macho, rico e branco”, fruto de um sistema de dominação

patriarcal-capitalista-racista. Ainda, conforme destaca a autora, esses três caracteres “entrelaçam-se de modo a formar um nó”, ressaltando a essência simbiótica da atuação desses elementos, que atuam paralelamente e sem hierarquização.

Assim, em uma análise sobre os aspectos da pobreza e os grupos mais atingidos socialmente, é possível conceber que ela tem um gênero definido: o feminino. Então, compreender as relações de gênero é descortinar, também, as relações de exploração de homens sobre mulheres. Com isso, a busca pelo entendimento do tema parte de uma perspectiva relacional, conectando o contexto do feminino ao caráter único de inferioridade patrimonial que permeia suas vivências na cidade.

A categoria de gênero se configura enquanto elemento chave para a análise da relação das mulheres com o contexto social que as cerca. Através dessa ferramenta conceitual podemos perceber os fundamentos da desigualdade que desencadeia processos de exclusão sofridos por esses sujeitos. De acordo com Silvana Aparecida Mariano (2008, p. 13):

Gênero, como categoria analítica elaborada no interior dos estudos feministas, tem a função de colocar luz sobre as diferentes posições ocupadas por homens e mulheres nos diversos espaços sociais, dando destaque ao modo como as diferenças construídas socialmente resultam em critérios de distribuição de poder, portanto, em como se constroem as relações de subordinação.

O exposto ganha uma conformação mais precária quando se considera a parte da população negra. Dados levantados pelo IPEA, através do Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça, expõem que as mulheres negras são 55,6 milhões, bem como chefiam 41,1% das famílias e recebem, em média, 58,2% da renda das mulheres brancas, de acordo com dados de 2015. Se retira desse apontamento que, na esteira do sistema escravocrata, a parcela feminina negra da população encontra-se ainda mais vulnerável que a branca, ocupando o lugar mais baixo da pirâmide social.

É possível verificar, ainda, que as negras e pardas são mais diretamente atingidas pela violência letal. Conforme o relatório “Panorama da violência contra as mulheres no Brasil: indicadores nacionais e estaduais”, lançado pelo Instituto de pesquisa DataSenado, a cada 100 mil mulheres, a taxa de homicídios de brancas em 2015 era de 3,0, enquanto a de negras e pardas era de 5,2. No estado de Pernambuco essa divergência é ainda mais patente e, enquanto as brancas registraram 2,1 em feminicídios, as negras e pardas eram 6,2.

A partir dessa abordagem, resta evidente o processo de feminização da pobreza, perspectiva que sugere um movimento de pauperização feminina crescente ao longo dos últimos anos, e

toma proporções mais graves quando incide o critério racial. Nesse sentido, consoante Costa et al (2005, p. 8):

O termo feminização da pobreza foi utilizado pela primeira vez, em 1978, pela socióloga norte-americana Diana Pearce com o objetivo de retratar a tendência nos Estados Unidos da América (EUA), de aumento da proporção de mulheres entre os pobres e também do crescimento do número de indivíduos em famílias chefiadas por mulheres entre os pobres.

Em decorrência desses termos estruturais, a inserção das mulheres no mercado de trabalho sofre com diversos percalços. De acordo com os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) trimestral, divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no fim de 2017 o nível de inserção no mercado de trabalho dos homens foi estimado em 64,5% e o das mulheres, em 45,4%.

Uma vez superado o desemprego, ainda precisam lidar com a desigualdade salarial, que de acordo com IBGE chega a cerca de 30%. Da mesma maneira, sofrem com a dupla jornada de trabalho, consequência da má distribuição de tarefas domésticas e no cuidado com os filhos, assim como com elevadas jornadas de trabalho, pouca qualificação, baixa proteção social e trabalho informal. Assim, não obstante a sua integração na produção social dos bens, ainda estão relegadas, em grande parte, a empregos com alto grau de vulnerabilidade, caracterizados pela precariedade e instabilidade que propulsionam a pobreza feminina.

2. DÉFICIT HABITACIONAL E DIREITO À MORADIA

A moradia é um direito fundamental previsto pela Constituição Federal e, nesses termos, configura elemento necessário para a concretização da dignidade da pessoa humana, apresentando-se como imprescindível questão para o pleno exercício da cidadania. Ainda, é coletivo e está distante de ser um direito individual na medida que somos nós que exercemos suas transformações e mudanças. Também conhecido como “positivo” ou “prestacional”, é um direito social, da segunda dimensão e, portanto, cobra do Estado a sua efetivação.

Sua importância é ressaltada pelo Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001), que regulamenta o capítulo de política urbana da Constituição, fazendo incidir sobre ele interesses em “prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, assim como do equilíbrio ambiental” (FIORILLO, 2005, p. 38). Assim, esta lei exige que os planos diretores das cidades reflitam as particularidades sócio-territoriais inerentes a cada município através de um sistema participativo que deve ocorrer em espaços públicos de cada lugar (ROLNIK, 2015).

No entanto, diante da realidade brasileira, os processos de ocupação dos centros urbanos é marcado por um intenso conflito no qual as classes mais baixas não têm a concretização do

direito habitacional. Historicamente, a urbanização foi e continua sendo fruto do sistema capitalista e teve um crescimento acelerado a partir da década de 60-70, quando houve um grande processo de êxodo rural. Assim, conforme Raquel Rolnik (p. 12, 1995):

O espaço urbano deixou assim de se restringir a um conjunto denso e definido de edificações para significar, de maneira mais ampla, a predominância da cidade sobre o campo. Periferias, subúrbios, distritos industriais, estradas e vias expressas recobrem e absorvem zonas agrícolas num movimento incessante de urbanização. No limite, este movimento tende a devorar todo o espaço, transformando em urbana a sociedade como todo.

Como parte disso, a expansão do mercado imobiliário e a utilização da exploração da força de trabalho dos pobres contribuíram para o processo de favelização. Desse modo, surgiram grandes problemas urbanos, e classes mais baixas foram realocadas em periferias ou permaneceram em habitações precárias nos centros das cidades. Outrossim, o território está segregado por muros invisíveis e visíveis, e as relações entre cidade e poder são, portanto, uma forma de organização política. Como resultado, é possível conceber que todo espaço ocupado pelo ser humano é um produto socialmente construído e dinamizado de acordo com interesses (SANTOS, 2005).

Nesse contexto, surge o que se denomina déficit habitacional que se configura como a quantidade de casas que faltam para atender os que precisam de moradia. Além disso, o termo pode ser usado para definir os sujeitos que possuem moradia, mas vivem em condições de extrema precariedade. A habitação, assim, ganha um sentido mais amplo, que abrange os direitos sobre o espaço, a inserção urbana e o acesso a serviços que garantem qualidade de vida. Nesse sentido, para Marra e Gonçalves, 2011, p. 58-60:

O direito à moradia vai além de um “teto”, e conforme os arquétipos estabelecidos por documentos internacionais deve compreender à satisfação de condições existenciais básicas necessárias à concretização de outros direitos fundamentais, como acesso a emprego, educação, mobilidade urbana e saúde.

Em um estudo produzido pelo Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos, 1,6 bilhão de pessoas vivem em moradias inadequadas, dos quais 1 bilhão estão em favelas e assentamentos não regularizados. Na América Latina, o déficit habitacional chega a 51 milhões de moradias. Ainda, no que concerne ao Brasil, 33 milhões de pessoas vivem nessa situação.

Ademais, segundo a Fundação João Pinheiro, em uma pesquisa realizada em 2015 e publicada em 2018, o déficit habitacional brasileiro estimado corresponde a 6,355 milhões de domicílios, dos quais 5,572 milhões, ou 87,7%, estão localizados nas áreas urbanas. Ainda, fazendo um recorte sobre as regiões do país, o Norte e Nordeste ficam com 21,8% e 26,8%, respectivamente.

Concentrando ainda mais os dados e fazendo uma análise da capital de Pernambuco, Recife, ela possui cerca de 50% do déficit habitacional de todo o estado. Estimativas da ONG Habitat para a Humanidade apontam a falta de 62 mil moradias na Capital. Mais especificamente no bairro de Santo Antônio, no qual existe o maior número de prédios abandonados da região, as estatísticas são ainda mais impressionantes: a pesquisa verificou que 41% dos imóveis estão em situação de abandono.

Ainda, em uma investigação sobre os prédios com cinco ou mais pavimentos, verificou-se que dos 112 que foram alvo da pesquisa, 42 estão desocupados ou com menos da metade da área ocupada. Dessa maneira, os dados apontam que cerca de $\frac{1}{3}$ da área construída do bairro de Santo Antônio está em completo abandono. Além disso, segundo os pesquisadores, se levado em conta a área em m² desses imóveis, seria possível a construção de 2.106 unidades habitacionais com 40 m², aos moldes do programa Minha Casa Minha Vida. Para mais, as dívidas de IPTU chegam a cerca de 20,6 milhões de reais, o que deixa clara a falta de função social dessas propriedades.

Acerca do Programa Minha Casa Minha Vida, é possível afirmar que trouxe a mulher em destaque como parte de sua política. Ao priorizar a titularidade de imóveis ao sexo feminino e a manutenção da propriedade no nome da mulher após a dissolução do casamento ou união estável, o governo busca por meio dessa ferramenta diminuir o desequilíbrio entre as questões de vulnerabilidade e gênero. Isso fica patente a partir da leitura da Lei 11.977 (BRASIL, 2009):

Art. 3º - Para a indicação dos beneficiários do PMCMV, deverão ser observados os seguintes requisitos:

IV – prioridade de atendimento às famílias com mulheres responsáveis pela unidade familiar

Por outro lado, em relação a essa iniciativa do Governo Federal na busca por minimizar os impactos da falta de moradia, pontua-se que, além de não alcançar um quantitativo considerável na busca pela solução do problema, é marcado por diversas problemáticas na sua implementação. Levando em consideração que tratou a política habitacional segundo a lógica do mercado, prescindindo de intervenção estatal, a moradia passou a ser tratada “como

um produto, um bem de consumo, ou um investimento financeiro” (CARDOSO e JAENISCH, 2014, p. 7).

Nesse sentido, “a formação de ocupações precárias e informais, onde não há direito à cidade, seja porque o local ocupado possui restrições ambientais, seja porque o local é despido de quaisquer equipamentos ou serviços públicos” (MASTRODI e ZACCARA, 2016, p. 867). Assim até mesmo a função social da propriedade passou a ter uma conotação mercantil, e a forma de produção desse espaço urbano priorizou locais afastados dos centros.

3. A LIDERANÇA FEMININA DE JÔ CAVALCANTE: RESISTÊNCIA, MULHERES E OCUPAÇÕES DA CIDADE DO RECIFE

Nesse contexto, surge, no Recife, a figura política de Jô Cavalcante na liderança do Movimento dos Trabalhadores sem Teto na cidade. Mulher, negra, vendedora ambulante, Jô é materializa a face das figuras presentes nas principais ocupações urbanas atuais. Recentemente eleita deputada estadual para o primeiro mandato coletivo de Pernambuco com mais 39 mil votos, ela vai de encontro com a formação hegemônica dos espaços de poder no Brasil, geralmente formado por homens, brancos, de classes abastadas.

Ainda, nessa perspectiva, a conquista de seu mandato tem um significado de representatividade, já que de acordo com dados da ONU Mulheres, no mapa “Mulheres na Política”, o Brasil ocupa a 167ª posição dentre 193 países no ranking de participação feminina na política. Ao aprofundarmos essa investigação, no estado de Pernambuco, na Assembleia a representação feminina era de cerca de 12% (6 dos 43 deputados), enquanto na Câmara do Recife o índice era de cerca de 15% (6 dos 33 vereadores) até 2018.

Em sua atuação dentro do MTST, Jô figurou como liderança imprescindível na conquista e manutenção de direitos dos moradores das principais ocupações do Recife, com destaque para Carolina Maria de Jesus e Ocupação Marielle Franco. Esses espaços possuem como característica a forte atuação de mulheres em sua organização, a começar pelos nomes escolhidos para representar a resistência feminina e negra desses locais. A recente deputada é, portanto, uma representante legítima do movimento o qual lidera e das ocupações urbanas que ajudou a fundar e organizar.

No que tange à primeira ocupação referida, nomeada Carolina Maria de Jesus, está localizada na zona oeste do Recife, no bairro do Barro, iniciada em 2017 com cerca de 300 famílias que, atualmente, somam mais de 1000 no local. A homenagem do nome foi em referência a uma importante escritora brasileira, falecida em 1977 que, dentre suas obras, destaca-se “Quarto de Despejo: diário de uma favelada”, onde a autora retrata sua vida cotidiana em uma favela de Minas Gerais. Entre descrições comuns de seu cotidiano, seus escritos desvendam fortes vivências de uma mulher negra vivendo em uma favela. Sendo assim, Carolina de Jesus narrou não só sua história, mas também a de milhares de mulheres negras e pobres do país.

Seu nome, quanto escolha para uma das ocupações urbanas do Recife, diz muito sobre resistência e força e, ainda, sobre a mensagem que as moradoras querem transmitir ao mundo.

No mesmo sentido, levando e relatando a vida das mulheres em espaços de vulnerabilidade, as experiências da Ocupação Carolina de Jesus são contadas no recém lançado documentário “Carolinas: as mulheres da ocupação Carolina de Jesus”, dirigido por Sophia Lucchesi e André Norões. Lançado durante o 20º Festicine, um festival que ocorre no cinema São Luiz, no dia 7 de dezembro de 2018, a obra tem apenas 6 minutos e busca retratar o dia a dia no ambiente relatado.

Do mesmo modo, pode-se referir a Ocupação Marielle Franco, que recebe o nome da vereadora assassinada em 14 de março de 2018. Localizada no Edifício Sulamérica, na na praça do Diário, coração do Recife, abriga mais de 300 famílias e é majoritariamente organizada por mulheres. A escolha do nome se deu pela força de Marielle, que era socióloga e militante dos direitos humanos. Em vida se denominava “mulher, negra, mãe e cria da favela da maré”, e sua carreira política foi pautada pela incessante luta pela ocupação da política pela redução das desigualdades. Por levantar sua voz para denunciar violações da polícias nas favelas do Rio de Janeiro e defender a vida, emancipação e o direito à cidade das minorias, teve seu veículo atingido por 13 tiros.

Nesse sentido, 19 de março de 2018, duzentas famílias chefiadas por mulheres, ocuparam um prédio abandonado no centro da capital pernambucana e nomearam a ocupação como Marielle Franco. Em sua maioria negras, cansadas das violências exercidas pelo Estado e pela sociedade, essa mulheres se uniram sob a bandeira da luta por moradia digna e uma cidade mais justa para suas famílias, transformando um imóvel há mais de vinte anos sem função social em seus novos lares.

Essa história é contada também no documentário dirigido por Rafael Crespo e Conrado Ferrato “Quem mora lá?”. O filme, que em sua noite de estreia no cinema mais afetivo do Recife, o São Luiz, teve a presença dos moradores da ocupação Marielle Franco, mostra o antes e o momento de tomada do prédio. Desse modo, essa obra explora o contexto de especulação imobiliária, o preconceito contra essas famílias e o descumprimento da função social da propriedade. Para além disso, ele retrata as subjetividades dos sujeitos que compõem o cenário apresentado, dando enfoque às suas trajetórias pessoais e o percurso que traçaram até o momento da Ocupação.

A partir de um olhar feminino, as experiências na Ocupação Maria Carolina de Jesus e na Ocupação Marielle Franco são construídas através de uma perspectiva feminista: de mulheres, com mulheres e para mulheres. Muitas vezes, a força que impulsionou essas mães a ocuparem esse imóvel é relatada com grande enfoque nos filhos e na necessidade em criá-los em um ambiente digno, saudável e com grande respeito aos princípios morais.

Por isso, é possível observar que os espaços construídos no interior das ocupações em questão apresentam peculiaridades que acompanham as necessidades dos sujeitos que lideraram e construíram esse movimento. Assim, havendo preponderância de mães e avós, foram criados ambientes como creches e bibliotecas infantis, na busca por um ambiente favorável para conciliação dos papéis familiares e o trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da reflexão dos aspectos que envolvem o gênero feminino e as diversas maneiras pelas quais o patriarcado se manifesta, pode-se concluir que a maior vulnerabilidade do sexo feminino é mais uma forma de manutenção da dominação masculina. Com isso, em análise ao fator social da pobreza, é possível perceber que seus efeitos se conectam com o gênero devido a maior incidência de contingências tais como maiores índices de trabalho informal e desemprego, bem como a desigualdade salarial e a dupla jornada de trabalho. Ainda, essa questão ganha uma dimensão potencializada quando é analisada junto ao critério racial, através de um olhar interseccional, para concluir que mulheres negras se encontram em uma situação mais grave de vulnerabilidade.

É necessário que se repense os aspectos de construção das cidades numa perspectiva de direitos fundamentais. Territorialmente, esse espaço está segregado entre quem pode morar no centro e ter acesso a aspectos que fornecem qualidade de vida: elite branca e homens chefe de família; e quem mora nas periferias, onde a obtenção de condições básicas para dignidade humana são negadas: mulheres, em sua maioria negras e chefes de família.

Dessa maneira, a compreensão do fenômeno do déficit habitacional nos faz enxergar que as mulheres são os seus maiores alvos, figurando como vítimas de um sistema que reiteradamente subjuga suas necessidades e as priva de seus direitos. Por meio de um olhar sociológico, foi possível traçar um retrato quase estável desses sujeitos: na maioria das vezes são chefes de família, responsáveis pelo sustento financeiro, bem como encarregadas pelo trato emocional e doméstico de suas casas. Para essas mulheres, a necessidade de lutar surge ainda na infância, perpassa suas juventudes quase sempre muito curtas, para culminar na luta pela sobrevivência e pela manutenção da vida familiar.

Dentro dessa perspectiva, a batalha saiu da vida privada e ganhou as ruas por intermédio de centenas de mulheres. A ascensão de figuras femininas em espaços de poder e liderando movimentos como MTST é forte indício de as mulheres não resistirão e nunca mais se calarão. O ato político de nomear a Ocupação como Marielle Franco, bem como a Ocupação Carolina Maria de Jesus é significativo e evidencia o recado que as lideranças quiseram expor: a Ocupação também vieram para lutar, existir e resistir.

REFERÊNCIAS

BILGE, SIRMA. THÉORISATIONS FÉMINISTES DE L'INTERSECTIONNALITÉ. *DIOGÈNE*, 1 (225): 70-88, 2009 APUD HIRATA, HELENA. VIDA REPRODUTIVA E PRODUÇÃO: FAMÍLIA E EMPRESA NO JAPÃO, IN: ANDRÉE KARTCHEVSKY BULPORT ET AL (ORG.). O SEXO DO TRABALHO. TRADUÇÃO SUELI TOMAZINI CASSAL. RIO DE JANEIRO: PAZ E TERRA, 1987.

BRASIL. PROGRAMA MINHA CASA, MINHA VIDA. LEI 11.977 DE JULHO DE 2009.

BRASIL. IBGE. PESQUISA NACIONAL POR AMOSTRA DE DOMICÍLIOS (PNAD), 2015. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.ONUMULHERES.ORG.BR/MULHERES-NEGRAS/](http://www.onumulheres.org.br/mulheres-negras/). ACESSO EM: 01 AGO. 2018.

CARDOSO, ADAUTO LÚCIO E JAENISCH, SAMUEL THOMAS. NOVA POLÍTICA, VELHOS DESAFIOS: PROBLEMATIZAÇÕES SOBRE A IMPLEMENTAÇÃO DO PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA NA REGIÃO METROPOLITANA DO RIO DE JANEIRO. *E-METROPOLIS: REVISTA ELETRÔNICA DE ESTUDOS URBANOS E REGIONAIS*, v. 5, p. 6-19, 2014. DISPONÍVEL EM: [HTTP://EMETROPOLIS.NET/SYSTEM/EDICOES/ARQUIVO_PDFS/000/000/018/ORIGINAL/EMETR](http://emetropolis.net/system/edicoes/arquivo_pdfs/000/000/018/original/emetrpolis_n18.pdf?1447896374) OPOLIS_N18.PDF? 1447896374. ACESSO EM: 02 DE AGO. 2018.

COSTA, JOANA SIMÕES; PINHEIRO, LUANA; MEDEIROS, MARCELO; QUEIROZ, CRISTINA. A FACE FEMININA DA POBREZA: SOBRE-REPRESENTAÇÃO E FEMINIZAÇÃO DA POBREZA NO BRASIL. BRASÍLIA, DF: IPEA, 2005.

DIÁRIO DE PERNAMBUCO. OCUPAÇÃO MARIELLE FRANCO: A ROTINA DAS MÃES NA LUTA POR MORADIA. 2018. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.YOUTUBE.COM/WATCH?V=TX4RDTIL68S](https://www.youtube.com/watch?v=Tx4rDTiL68s) ACESSO EM: 10 DE SET. 2018.

FIORILLO, CELSO ANTONIO PACHECO. ESTATUTO DA CIDADE COMENTADO: LEI 10.257/2001: LEI DO MEIO AMBIENTE ARTIFICIAL. 3ª ED. SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2008.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. DEMOGRAFIA E INDICADORES SOCIAIS: DÉFICIT HABITACIONAL NO BRASIL. BELO HORIZONTE, 2015.

GIL, ANTÔNIO CARLOS. MÉTODOS E TÉCNICAS DE PESQUISA SOCIAL. 6. ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2008.

MARCO ZERO. UM MÊS DA OCUPAÇÃO MARIELLE FRANCO. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.YOUTUBE.COM/WATCH?V=WIE5UX5RJvY](https://www.youtube.com/watch?v=wIE5UX5RJvY) ACESSO EM: 10 DE SET. 2018.

MARIANO, SILVANA APARECIDA. FEMINISMO, ESTADO E PROTEÇÃO SOCIAL: A CIDADANIA DAS MULHERES POBRES. SÃO PAULO: CAMPINAS, 2008.

MELO, HILDETE PEREIRA DE. GÊNERO E POBREZA NO BRASIL. BRASÍLIA: COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E CARIBE, 2004.

MULHERES, ONU. MULHERES NEGRAS RUMO A UM PLANETA 50-50 EM 2030. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.ONUMULHERES.ORG.BR/MULHERES-NEGRAS/](http://www.onumulheres.org.br/mulheres-negras/) ACESSO EM: 03 DE AGO. 2018

NASCIMENTO, JENYFFER SILVA DO. TERRA FÉRTIL. SÃO PAULO: ED. DA AUTORA, 2014.

ONU-HABITAT. EM DIA MUNDIAL, ONU-HABITAT DEFENDE POLÍTICAS HABITACIONAIS E MORADIAS ACESSÍVEIS. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://NACOESUNIDAS.ORG/EM-DIA-MUNDIAL-ONU-HABITAT-DEFENDE-POLITICAS-HABITACIONAIS-E-MORADIAS-ACESSIVEIS/](https://nacoesunidas.org/em-dia-mundial-onu-habitat-defende-politicas-habitacionais-e-moradias-acessiveis/) ACESSO EM: 22 DE SET. 2018

ROLNIK, RAQUEL. O QUE É A CIDADE? 6. ED. SÃO PAULO: BRASILIENSE, 1995.

_____. GUERRA DOS LUGARES: A COLONIZAÇÃO DA TERRA E DA MORADIA NA ERA DAS FINANÇAS. SÃO PAULO: BOITEMPO, 2015.

SANTOS, MILTON. A URBANIZAÇÃO BRASILEIRA. 5. ED SÃO PAULO: EDUSP, 2005.

SAFFIOTI, HELEITH. GÊNERO, PATRIARCADO E VIOLÊNCIA. SÃO PAULO: EDITORA FUNDAÇÃO PEISEU ABRAMO, 2004.

SENADO FEDERAL; OBSERVATÓRIO DA MULHER CONTRA VIOLÊNCIA .PANORAMA DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO BRASIL: INDICADORES NACIONAIS E

ESTADUAIS. BRASÍLIA, 2018. DISPONÍVEL EM:
[HTTP://WWW.SENADO.GOV.BR/INSTITUCIONAL/DATASENADO/OMV/INDICADORES/RELATORIOS/
BR-2018.PDF](http://www.senado.gov.br/institucional/datasenado/omv/indicadores/relatorios/BR-2018.pdf) ACESSO EM: 23 DE AGT. 2018.

SILVA, ANA FLÁVIA COSTA DA. DESENVOLVIMENTO, CRISE E RESISTÊNCIA: QUAIS OS CAMINHOS DO PLANEJAMENTO URBANO E REGIONAL?. SÃO PAULO, 2017.

ZACCARA, SUZANA MARIA SILVEIRA; MASTRODI, JOSUÉ. O QUE É O OBJETO “MORADIA” DO PROGRAMA MINHA CASA, MINHA VIDA? REVISTA DE DIREITO DA CIDADE, v.8, n. 3, 2016, p. 859-885, B. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.E-PUBLICACOES.UERJ.BR/INDEX.PHP/RDC/ARTICLE/VIEW/22506/17877](http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/22506/17877). ACESSO EM: 02 DE AGO. 2018

POVOS INDÍGENAS E VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO MARCO TEMPORAL DA OCUPAÇÃO

Ingrid Tereza de Moura Fontes (Direito/UPE)⁶²

Orientadora: Clarissa Marques⁶³

Resumo: Desenvolve-se o presente resumo no intuito de fornecer uma contribuição teórica para o estudo dos povos tradicionais no âmbito jurídico, a partir de uma abordagem crítica acerca dos processos de demarcação de terras, bem como da preservação de sua cultura e ancestralidade. Nesse sentido, investiga-se a aplicação do marco temporal nos processos de demarcação de TIs, objetivando compreender de que forma a adoção da referida tese contribui para a crescente negação de direitos fundamentais dos povos tradicionais. O método utilizado no desenvolvimento da pesquisa é o indutivo, contando ainda com uma abordagem qualitativa e uma pesquisa bibliográfica e documental. Possui como referencial teórico autores como Boaventura de Sousa Santos e Carlos Frederico Marés. Analisa-se, neste trabalho, a Petição 3.388-4, julgada pelo STF, através da qual foi instituído o marco temporal para demarcação da T.I. Raposa Serra do Sol. O referido marco consiste em fixar a data de promulgação da CF/88 (5 de outubro) para que seja verificada a legitimidade da posse ancestral indígena. Somado a isso, em 2017, foi publicado o Parecer nº 001/2017 da AGU, determinando que a Administração Pública Federal deve dar efetivo cumprimento às condições preestabelecidas através da Pet. 3.388-4/RR em todos os processos de demarcação de TIs. Todavia a questão territorial indígena deve demandar um maior cuidado por parte do Estado brasileiro, pois, uma vez desconsiderada a posse ancestral, os indivíduos perdem seus vínculos históricos e sua ancestralidade, podendo acontecer de não mais se reconhecerem como parte integrante de determinado povo, desconhecendo sua etnia. Dessa forma, afirma-se que o marco temporal atua de modo a restringir o direito fundamental indígena à posse tradicional do território, ameaçando, com isso, a sobrevivência desses povos. Ademais, o direito à terra é considerado o mais amplo dos direitos indígenas, posto

⁶² Graduanda de Direito pela Universidade de Pernambuco (UPE – *Campus* Arcoverde), bolsista de Iniciação Científica (PFA/UPE 2018-2019), membro do Grupo de Estudos e Pesquisas Transdisciplinares Sobre Meio Ambiente, Diversidade e Sociedade (GEPT/UPE/CNPq) e do Coletivo Direitos em Movimento (DIMO/UPE/CNPq). E-mail: ingridmoura@hotmail.com.

⁶³ Professora da Universidade de Pernambuco (UPE) e do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Faculdade Damas (Recife/PE), Coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisas Transdisciplinares sobre Meio Ambiente, Diversidade e Sociedade (GEPT/UPE/CNPq), Coordenadora do Coletivo Direitos em Movimento (UPE) e integrante do Grupo de Pesquisa Historiografias Decoloniais: direito, natureza e coletividades na América Latina. E-mail: marquesc2504@gmail.com.

que se desdobra em outros, também fundamentais, como o direito à vida, à saúde, à cultura e ao bem-estar, restando comprovada a imprescindibilidade do reconhecimento da posse tradicional. Assim, a tese do marco apresenta-se como abertamente inconstitucional, violando a dignidade dos povos indígenas, seu direito à autodeterminação, negando condições de existência mínimas para uma vida sadia e impossibilitando o direito de participação ativa no processo. Além disso, retira desses povos sua personalidade, posto que estes deixam de ser sujeitos de direito (que precisam ser ouvidos sob pena de tornar o processo arbitrário e injusto) e passam a ser apenas um objeto a ser considerado (ou não) no caso concreto. Por fim, demonstra-se o descaso com o qual são tratados os indígenas no Brasil, restando comprovada a invisibilidade prática dos direitos fundamentais consagrados na CF/88. Em suma, o direito indígena enfrenta um perigoso retrocesso no cenário jurídico atual, o qual está mais preocupado em promover um avanço econômico do que em assegurar direitos humanos, fundamentais para a existência de populações inteiras. Nesse sentido, o Poder Público mais uma vez busca introduzir uma ineficiente política integracionista, a qual figura, na prática, como um novo e crescente etnocídio indígena, justificado pelo avanço do capital.

Palavras-chave: Povos indígenas. Territorialidade. Demarcação. Marco temporal. Ancestralidade.

Resumen: Se desarrolla el presente resumen con el fin de aportar una contribución teórica al estudio de los pueblos tradicionales en el ámbito jurídico, a partir de un enfoque crítico sobre los procesos de demarcación de tierras, así como de la preservación de su cultura y ancestralidad. En este sentido, se investiga la aplicación del marco temporal en los procesos de demarcación de TIs, con el objetivo de comprender de qué forma la adopción de la referida tesis contribuye a la creciente negación de derechos fundamentales de los pueblos tradicionales. El método utilizado en el desarrollo de la investigación es el inductivo, contando con un abordaje cualitativa y una investigación bibliográfica y documental. Tiene como referencial teórico autores como Boaventura de Sousa Santos e Carlos Frederico Marés. Se analiza, en este trabajo, la Petición 3.388-4, juzgada por el STF, a través de la cual se instituyó el marco temporal para demarcación de la T.I. Raposa Serra do Sol. El referido marco consiste en fijar la fecha de promulgación de la CF/88 (5 de octubre) para que sea verificada la legitimidad de la posesión ancestral indígena. Además, en 2017, se publicó el Dictamen nº 001/2017 de la AGU, determinando que la Administración Pública Federal debe dar efectivo cumplimiento a las condiciones preestablecidas a través de Pet. 3.388-4/RR en todos los procesos de demarcación de TIs. Sin embargo, la cuestión territorial indígena debe demandar un mayor cuidado por parte del Estado brasileño, pues, una vez desconsiderada la posesión ancestral, los individuos pierden sus vínculos históricos y su ancestralidad, pudiendo ocurrir

de no más reconocerse como parte integrante de determinado pueblo, desconociendo su etnia. De esta forma, se afirma que el marco temporal actúa de modo a restringir el derecho fundamental indígena a la posesión tradicional del territorio, amenazando con ello la supervivencia de esos pueblos. Además, el derecho a la tierra es considerado el más amplio de los derechos indígenas, puesto que se desdobra en otros, también fundamentales, como el derecho a la vida, a la salud, a la cultura y al bienestar, quedando comprobada la imprescindibilidad del reconocimiento de la identidad posesión tradicional. Así, la tesis del marco se presenta como abiertamente inconstitucional, violando la dignidad de los pueblos indígenas, su derecho a la autodeterminación, negando condiciones de existencia mínimas para una vida sana e imposibilitando el derecho de participación activa en el proceso. Además, retira de esos pueblos su personalidad, puesto que éstos dejan de ser sujetos de derecho (que necesitan ser oídos so pena de hacer el proceso arbitrario e injusto) y pasan a ser sólo un objeto a ser considerado (o no) en el caso concreto. Por último, se demuestra la negligencia con que se tratan los indígenas en Brasil, quedando comprobada la invisibilidad práctica de los derechos fundamentales consagrados en la CF/88. En suma, el derecho indígena enfrenta un peligroso retroceso en el escenario jurídico actual, el cual está más preocupado en promover un avance económico que en asegurar derechos humanos, fundamentales para la existencia de poblaciones enteras. En ese sentido, el Poder Público una vez más busca introducir una ineficiente política integracionista, la cual figura, en la práctica, como un nuevo y creciente etnocidio indígena, justificado por el avance del capital.

Palabras clave: Pueblos indígenas. Territorialidad. Demarcación. Marco temporal Ancestralidad.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscará analisar o Parecer nº 001/2017 da Advocacia-Geral da União (AGU), o qual foi responsável por tornar obrigatória, em toda a Administração Pública Federal, direta e indireta, a aplicação do Marco Temporal da Ocupação em todos os processos de demarcação de terras indígenas. O referido parecer tem respaldo na Petição 3.388-4/RR, julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2009, a qual introduz, pela primeira vez, a tese do Marco Temporal, criada pelo ex-ministro do STF, Carlos Ayres Britto. A Petição 3.388-4/RR aborda acerca do processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no estado de Roraima, a qual foi a primeira a sofrer com a aplicação do marco temporal. Este consiste em fixar a data de promulgação da Constituição Federal de 1988 (5 de outubro) para que, a partir dela, sejam aferidas as ocupações indígenas em seus respectivos territórios.

Nesse sentido, os indígenas que não estivessem em posse de suas terras na referida data, automaticamente perderiam o direito originário e constitucional ao território ancestral. Ocorre

que a aplicação do marco implica em uma grave violação de direitos humanos e fundamentais indígenas, posto que desconsidera os inúmeros abusos de direito, bem como as diversas formas de exploração às quais foram submetidos os povos indígenas durante o período anterior à promulgação da Carta Magna. Dessa forma, a tese do marco temporal atua como forma de anistiar os crimes cometidos contra os povos indígenas desde o período colonial até o ano de 1988, bem como uma forma de culpabilização das vítimas, uma vez que não leva em consideração os deslocamentos forçados, as negações de direitos e o genocídio/etnocídio promovido contra esses povos durante o referido período.

O objetivo geral do trabalho é compreender quais as principais repercussões causadas pela adoção do marco temporal da ocupação no tocante à tutela jurídica dos povos tradicionais. Tem como objetivos específicos: identificar de que forma a adoção da tese do marco temporal da ocupação pode influenciar no encobrimento da memória ancestral indígena; investigar quais as interseções existentes entre o atual processo de demarcação de terras e a herança deixada pelo período colonial; e analisar em que medida a tese do marco temporal da ocupação contribui para uma maior violação de direitos fundamentais dos povos tradicionais. Para o desenvolvimento da pesquisa, utiliza-se o método indutivo, bem como uma abordagem qualitativa. Conta ainda com tipos de pesquisa bibliográfico, descritivo-explicativo e documental.

1. ANCESTRALIDADE E MEMÓRIA: INTERSEÇÕES ENTRE O MARCO TEMPORAL E A VIOLAÇÃO DO DIREITO INDÍGENA À POSSE TRADICIONAL

Em março de 2009, o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento da Petição 3.388-4/RR, a qual analisou o caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e refletiu nos interesses dos povos indígenas do Brasil, principalmente no tocante à demarcação de terras, uma vez que foi, através do julgamento da referida petição, instituída a tese do Marco Temporal da ocupação, idealizada pelo ex-ministro do STF, Carlos Ayres Britto. O referido "Marco" instaurou, como o próprio nome sugere, uma data fixa condicionante para que seja reconhecido o direito fundamental indígena à demarcação do território ancestral. Em outras palavras, determinou-se o dia 5 de outubro de 1988 (data da promulgação da Constituição Federal) para que fosse verificada a posse ancestral dos povos da supracitada Terra Indígena (BRASIL, 2009).

Somado a isso, em julho de 2017 foi publicado o Parecer nº 001/2017 da Advocacia-Geral da União (AGU), o qual determina que a Administração Pública Federal, direta e indireta, deve observar, respeitar e dar efetivo cumprimento às condições preestabelecidas através da Pet. 3.388-4/RR em todos os processos de demarcação de terras indígenas (AGU, 2017). Ou seja, a decisão proferida no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, a qual, em tese, não possuía efeito vinculante (ainda que tenha sido aplicada posteriormente em dois outros

casos), deverá, com o Parecer da AGU, ser aplicada, obrigatoriamente, em todos os casos que envolvam demarcação de terras indígenas.

Ressalta-se que a Comissão Nacional da Verdade (CNV) elaborou, durante os anos de 2012 a 2014, relatório acerca da violação de direitos humanos no período de 1946 a 1988 a fim de “efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional” (BRASIL, 2014, p. 15). O relatório final publicado pela CNV revela que a situação dos povos indígenas piorou durante a Ditadura Militar e também indica um quadro sistemático de remoções forçadas e expulsão dos povos dos territórios ocupados antes de 1988 (OSOWSKI, 2017). Nesse sentido, é possível perceber a clara violação de direitos fundamentais e humanos dos povos indígenas, visto que a adoção do Marco Temporal institui a data de promulgação da Carta Magna (5 de outubro de 1988) para que seja reconhecido o direito e para que haja a demarcação da terra. Entretanto a tese analisada desconsidera toda e qualquer negação ou violação de direitos que ocorreram anteriormente ao ano de 1988, como por exemplo, durante a Ditadura Militar (1964-1985).

Além disso, destaca-se ainda que, até a década de 80, a remoção dos povos indígenas para outros territórios foi considerada uma política de Estado (MARÉS, 2013), restando comprovada a atuação direta do governo brasileiro para retirar os povos de suas terras ancestrais, geralmente para atender a interesses privados, como a utilização do local para expansão da agropecuária. Dessa forma, é comum que as terras ocupadas pelos povos indígenas sejam férteis, fazendo com que estas quase sempre estejam localizadas dentro de fronteiras agrícolas, despertando o interesse de grandes indústrias do agronegócio.

Até o século XIX, a ideia jurídica era a de que o Poder Público deveria reservar as terras para que os povos indígenas pudessem nelas viver até que ocorresse sua integração à comunhão nacional, havendo inclusive dispositivos legais que redirecionavam essas terras depois de abandonadas, ficando conhecidas como aldeamentos extintos (MARÉS, 2013). Em outras palavras, o Poder Público brasileiro abertamente defendia e promovia o etnocídio indígena, buscando, com a integração forçada, extinguir os povos originários do território brasileiro.

Com a adoção do marco temporal, pretende-se o mesmo, uma vez que os povos desenvolvem um forte vínculo com suas terras (imprescindível para a manutenção de sua cultura e ancestralidade). Os processos de demarcação serão ainda mais dificultados pelo Poder Público, visto que deixará de ser considerada a posse ancestral, sendo esta substituída por uma data fixa e universal, a qual pretende solucionar todos os casos envolvendo demarcação e automaticamente apaga todo o passado histórico de luta e de violações de direitos indígenas tanto por particulares, como pelo próprio Estado. Ressalta-se que é reconhecido constitucionalmente o direito originário dos indígenas sobre seus territórios, sendo esse direito independente de qualquer ato de reconhecimento, de demarcação ou de registro, servindo estes apenas para dar conhecimento a terceiros (MARÉS, 2013). Por esta razão, o marco

temporal é abertamente inconstitucional, reforçando, como já mencionado, uma política de esquecimento.

Somado a isso, a Política Integracionista, responsável por reger a relação entre a sociedade civil e os povos indígenas antes de 1988, enxergava a cultura indígena como inferior à cultura colonial europeia à qual fora submetida a sociedade brasileira (LIBERATO; GONÇALVES, 2013). Dessa forma, a integração era vista como uma espécie de favor ou salvação àqueles povos tidos como primitivos. Após o ano de 1988, foi posta de lado a referida política, criando-se um ideal protecionista em relação aos indígenas, reconhecendo-lhes não apenas o direito de ser índio, mas de manter-se índio. Ocorre que a realidade brasileira se apresenta de modo diverso ao proposto pela legislação, pois os povos indígenas vêm sendo constantemente abandonados pelo Estado, o qual não apenas se omite no tocante à tutela jurídica desses povos, mas também vem promovendo uma política anti-indígena.

Partindo do exposto, é possível perceber o descaso do Estado brasileiro para com os povos originários, comprovando a necessidade de ser reconhecido o direito ao território ancestral como forma de manter viva a cultura, a tradição e a ancestralidade indígenas. A adoção do Marco Temporal figura como um ataque direto à sobrevivência desses povos, promovendo a culpabilização das vítimas (além de violar e de distorcer abertamente dispositivos constitucionais), posto que muitos deles só conseguiram retornar para a sua terra após o ano de 1988, estando agora sujeitos a, mais uma vez, serem forçadamente deslocados de forma injusta e em nome de um desenvolvimento econômico opressor e desumano.

2. HERANÇA COLONIAL: A CONDENAÇÃO DO “OUTRO” AO PASSADO DE UMA MODERNIDADE INALCANÇÁVEL

Para compreender como ocorrem as violações contemporâneas de direitos fundamentais dos povos tradicionais, é necessário analisar o passado histórico de abusos aos quais foram submetidos os indígenas, uma vez que o período colonial foi determinante para a perpetuidade de uma herança europeia hegemônica e excludente. Nesse sentido, afirma-se que, com a colonização, as comunidades existentes foram forçadamente substituídas em razão do aniquilamento de inúmeras etnias. Quando sobreviviam, os indivíduos continuavam sendo humilhados e submetidos a uma situação de clandestinidade cultural, visto que a cultura dominante passou a ser a europeia em contraposição à cultura e aos costumes locais (SIQUEIRA; MACHADO, 2009).

Aníbal Quijano (2005) dispõe sobre a construção da ideia de raça como forma de legitimar a dominação imposta pela conquista dos territórios. Introduz-se, dessa forma, a chamada colonialidade do poder, responsável por interligar a formação racial, o controle do trabalho, o Estado e a produção de conhecimento (QUIJANO, 2000). Nesse sentido, as diferenças fenotípicas e biológicas entre os indivíduos passaram a ser utilizadas para a construção de

uma hierarquia racial, a qual introduziu uma relação de superioridade/inferioridade entre dominantes e dominados.

Somado a isso, Dussel aborda acerca do “ego” europeu, responsável por disseminar o que o autor chama de “mito da modernidade” (DUSSEL, 1993, p. 7). A ideia de modernidade surge quando a Europa se firma como centro da história mundial, criando, conseqüentemente, as periferias, posicionadas ao seu redor, as quais representam o “Outro” que foi colonizado pelo europeu. As áreas periféricas, por outro lado, são esquecidas e invisibilizadas pelo continente europeu em razão de serem consideradas primitivas e atrasadas. Todavia o que não é abordado quando se fala em modernidade é o passado de dominação e violência imposto às periferias a fim de que se construísse um continente “superior” e mais avançado.

Pode-se dizer que os povos indígenas representam o “Outro do Outro” inserido em uma área periférica que carrega uma forte herança colonial, bem como a ilusão de viver uma modernidade europeia. Em outras palavras, os povos tradicionais são duplamente encobertos no Brasil, seja por viverem em uma periferia global (do ponto de vista eurocêntrico), ou pelo fato de seu país de origem ainda carregar traços marcantes de uma eterna colônia portuguesa, refletindo as desigualdades, os abusos de direito e os tratamentos desumanos às quais são submetidas as populações tradicionais.

No mesmo sentido, cabe mencionar a colonialidade do ser, diretamente relacionada à ideia de modernidade. Ressalta-se que esta se esforça para esconder a importância da localização geopolítica (ou espacialidade) para o seu surgimento, adotando uma perspectiva linear e universalista, contribuindo com a disseminação de uma epistemologia hegemônica, singular e excludente (MALDONADO-TORRES, 2008). Com isso, surgiu a figura do “ser” europeu, superior e moderno, fazendo com que os indivíduos subalternizados se tornassem alvos de aniquilação por não se encaixarem na ideia dominante imposta pela colonização.

Boaventura de Sousa Santos (2009) introduz a teoria de um pensamento moderno abissal ou abismal. Para o autor, é feita uma divisão, por meio de linhas, de dois universos distintos, os quais não podem coexistir: “este lado da linha” e “o outro lado da linha”. O que está situado “deste lado da linha” é considerado relevante e “o outro lado da linha” é invisível ou inexistente. Nesse sentido, Santos dispõe que, como um produto do pensamento abissal, o conhecimento científico voltou-se principalmente a “converter este lado da linha em sujeito do conhecimento e o outro lado em objeto de conhecimento” (SANTOS, 2009, p. 86).

Não obstante, a zona colonial é considerada o universo das crenças e dos comportamentos incompreensíveis, de modo que não pode produzir conhecimento, uma vez que volta-se, na visão do colonizador, apenas às práticas mágicas ou idolátricas. Dessa forma, o outro lado da linha sempre será ultrapassado ou primitivo se comparado a este lado da linha, avançado e moderno. Com isso, Santos (2009) defende que o presente que vai sendo criado do outro lado da linha é invisibilizado ao ser reconceitualizado como o passado irreversível deste lado da

linha. Em outras palavras, os indivíduos colonizados são condenados a viver eternamente no passado de uma modernidade que nunca os alcançou.

Voltando-se à análise do atual processo de demarcação de terras indígenas, incluindo também a aplicação obrigatória, por parte da Administração Pública, da tese do marco temporal (AGU, 2017), é possível perceber os traços marcantes de uma colonialidade que ainda paira sobre o Direito brasileiro. Nesse sentido, tem-se um reiterado “encobrimento” (DUSSEL, 1993) dos povos indígenas através de decisões jurídicas desfavoráveis à causa indígena e da crescente negação de direitos fundamentais. O marco temporal atua como forma de perpetuar a colonização brasileira. A diferença é que agora não há mais a distinção entre metrópole portuguesa e Brasil colônia; conceitos que parecem ter se unido, dividindo o país em micro versões coloniais.

Percebe-se, pois, a intersecção entre o atual processo de demarcação de terras (através da adoção do marco temporal) e a forte herança deixada pelo período colonial, uma vez que, como previamente comprovado, o Estado brasileiro surge como um agente perpetuador das violências promovidas contra os indígenas, as quais se fazem presentes desde a invasão europeia. Com isso, demonstra-se que esses povos vêm sendo submetidos a inúmeras violações de direitos humanos e fundamentais por mais de três séculos, sendo estas agravadas com a imposição de uma data fixa e condicionante para que seja reconhecido (ou negado) o direito consagrado pela CF/88 à posse do território ancestral, interferindo diretamente na sobrevivência e na manutenção da cultura, da ancestralidade e da espiritualidade dos povos tradicionais.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO MARCO TEMPORAL E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS INDÍGENAS

A questão territorial indígena deve demandar um maior cuidado por parte do Estado brasileiro, posto que, uma vez desconsiderada a posse ancestral, os indivíduos perdem seus vínculos históricos e sua ancestralidade, podendo acontecer de não mais se reconhecerem como parte integrante de determinado povo, desconhecendo sua etnia (LIBERATO; GONÇALVES, 2013). Todavia, é possível perceber que o Brasil tem se pautado muito mais pela negação do que pelo reconhecimento dos direitos indígenas (SIQUEIRA; MACHADO, 2009), indo de encontro ao que dispõe a Lei Maior do país, a qual representa um grande avanço no tocante aos direitos dos povos tradicionais.

Nesse sentido, fala-se em direitos invisíveis, ou seja, direitos que foram consagrados, mas que não são executados por serem invisíveis aos olhos dos aplicadores da lei (SIQUEIRA; MACHADO, 2009). Apesar da inovação constitucional, a qual reconhece os direitos indígenas, a execução destes é bastante dificultada na prática, sujeitando os povos tradicionais a uma condição de “exilados internos” (OSOWSKI, 2017, p. 336).

Ademais, após a CF/88, o Brasil passou a ser retratado como Estado verdadeiramente plural. Para tal, é necessário que este reconheça a diversidade étnica, bem como as diferenças culturais existentes entre os diversos povos que convivem no território brasileiro (JOAQUIM, 2013). Apresenta-se, dessa forma, mais um contraponto entre a garantia dos direitos fundamentais indígenas e a adoção do marco temporal, vez que este representa um grave retrocesso às inovações trazidas pela Carta Magna. Somado a isso, Santos (2002) dispõe que o Estado tornou-se, por meio do sistema jurídico, o principal garante da confiança em massa da sociedade. Entretanto este mesmo Estado encontra-se com a credibilidade desgastada em razão da dimensão do risco e do perigo; surgindo, dessa forma, uma crise estatal ocasionada pela dificuldade de satisfazer as mais diversificadas necessidades coletivas.

Ressalta-se que os direitos indígenas foram sendo conquistados através de muita luta e resistência ao longo do tempo, o que reforça ainda mais a importância da CF/88, considerada um marco significativo para os povos indígenas, permitindo que estes pudessem ver seus direitos minimamente assegurados. Ante o exposto, a adoção do marco temporal é vista como uma grave violação de direitos fundamentais indígenas, além de mostrar-se inconstitucional, pois atenta contra a maior inovação trazida pela CF/88, no tocante à causa indígena: o direito de manter-se índio. Dessa forma, promove o caráter pluriétnico da população brasileira, considerando a manutenção de tradições culturais como intrinsecamente ligada à permanência do povo no território (OSOWSKI, 2017).

Os povos tradicionais enfrentam forças políticas que representam interesses econômicos de grande influência no cenário nacional (ARAÚJO, 2013). O Relatório de Violência contra os Povos Indígenas, publicado em 2015, pelo Conselho Indigenista Missionário (Cimi), revela um grande número de assassinatos, conflitos por terra, bem como um avanço na destruição dos direitos indígenas, “principalmente pelo fortalecimento de uma bancada ruralista na Câmara Federal e no Senado” (SCHWANTES; STARCK, 2017, p. 2). Dessa forma, ressalta-se o dever do Estado, estabelecido pela CF/88, de adotar medidas atuantes de modo a assegurar o direito indígena à posse de suas terras, reiterando que cabe ao órgão estatal apenas a função de reconhecer a ocupação tradicional, uma vez que a própria Constituição já garante o direito originário à posse permanente das terras ocupadas tradicionalmente.

Não bastasse fixar uma data condicionante para a demarcação de terras indígenas, o marco temporal viola também o direito à consulta, à autodeterminação (ressaltando a importância da participação das comunidades durante o processo, o que não ocorre) e à diferença. Ademais, o direito à terra é considerado o mais amplo dos direitos indígenas, posto que desdobra-se em outros, também fundamentais, como o direito à vida, à saúde, à cultura e ao bem-estar, restando comprovada a imprescindibilidade do reconhecimento da posse tradicional.

É perceptível a parcialidade do órgão julgador que participa dos processos de demarcação de Terras Indígenas (TIs), tornando cada vez mais difícil assegurar os direitos fundamentais dos povos tradicionais. Além disso, é, no mínimo, questionável a atuação do Estado em criar entraves ao reconhecimento do direito ao território ancestral, posto que aquele foi um dos responsáveis diretos pela remoção de inúmeras populações indígenas, ignorando seu dever de protegê-las e contribuindo direta ou indiretamente para a dizimação de diversas etnias (SCHWANTES; STARCK, 2017).

Com isso, o marco temporal surge com o único propósito de atender aos interesses econômicos da bancada ruralista. Viola a dignidade dos povos indígenas, suprime seu direito à autodeterminação, nega condições de existência mínimas para uma vida sadia, impossibilita o direito de participação ativa no processo e, além disso, retira desses povos sua personalidade, posto que estes deixam de ser sujeitos de direito (que precisam ser ouvidos sob pena de tornar o processo arbitrário e injusto) e passam a ser apenas um objeto a ser considerado (ou não) no caso concreto (SCHWANTES; STARCK, 2017).

Dessa forma, demonstra-se o descaso com o qual são tratados os indígenas no Brasil, restando comprovada a invisibilidade prática dos direitos fundamentais consagrados pela CF/88. Contemporaneamente, a negação de direitos vem se expandindo, alcançando cada vez mais decisões de grande importância para a manutenção da cultura ancestral dos povos tradicionais. Em suma, o direito indígena enfrenta um perigoso retrocesso no cenário jurídico atual, o qual está mais preocupado em promover um avanço econômico do que em assegurar direitos humanos, fundamentais para a existência de populações inteiras. Nesse sentido, o Poder Público mais uma vez busca introduzir uma ineficiente política integracionista, a qual figura, na prática, como um novo e crescente etnocídio indígena, justificado pelo avanço do capital (MARÉS, 2013).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Abordou-se, ao longo deste trabalho, acerca das inúmeras violações de direitos às quais estão sendo submetidos os povos tradicionais no Brasil. Destaca-se, em especial, a questão territorial, a qual apresenta maior relevância em razão das mais recentes decisões judiciais. Nesse sentido, foi feita uma análise da Pet. 3.388-4/RR, julgada pelo STF, responsável por instituir a tese do marco temporal, o qual, como visto, representa um retrocesso para o Direito, posto que desconsidera todos os crimes cometidos contra os indígenas desde a colonização até o ano de 1988 (promulgação da CF/88). Somado a isso, também foi analisado o Parecer 001/2017 da AGU, o qual tornou obrigatória, por parte da Administração Pública, a aplicação do marco temporal em todos os processos envolvendo demarcação de terras indígenas.

Nesse sentido, questionou-se em que medida a tese do marco temporal da ocupação contribui para uma maior violação ou até mesmo para a completa negação de direitos fundamentais

dos povos tradicionais. Isso ocorre uma vez que vem sendo promovido um gradativo esquecimento coletivo, manipulado pelo Poder Público, com o objetivo de dificultar ainda mais o processo de demarcação de terras indígenas, contribuindo automaticamente para disseminar uma maior insegurança jurídica no cenário nacional.

Não obstante, os povos indígenas figuram, como já foi abordado, como "exilados internos" dentro de seu país de origem, uma vez que são constantemente invisibilizados através de políticas capitalistas que buscam, acima de tudo, o desenvolvimento de grandes indústrias do agronegócio, as quais figuram como as principais interessadas na negação de direitos indígenas e possuem uma grande representação na Casa Legislativa. Em outras palavras, os indígenas lutam em busca do reconhecimento de direitos fundamentais consagrados na Carta Magna, cujos dispositivos vêm sendo violados e distorcidos a fim de favorecer e enriquecer ainda mais uma mínima parcela da população nacional às custas das reiteradas marginalização e subalternidade às quais são submetidos os povos tradicionais.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. PARECER N. 001/2017/GAB/CGU/AGU. BRASÍLIA: CASA CIVIL, 2017.

ARAÚJO, ANA VALÉRIA. DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL. IN: OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL: DESAFIOS NO SÉCULO XXI. SOUZA FILHO, CARLOS FREDERICO MARÉS; BERGOLD, RAUL CEZAR. (ORGS.). CURITIBA: LETRA DA LEI, 2013.

BRASIL. COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. RELATÓRIO DA COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. BRASÍLIA: CNV, 2014.

_____. CONSTITUIÇÃO. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. BRASÍLIA, DF: SENADO FEDERAL: CENTRO GRÁFICO, 1988.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PETIÇÃO 3.388/RR. RELATOR: MINISTRO CARLOS BRITTO. PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA, ACÓRDÃOS, BRASÍLIA. 3 DE MAR. 2009. DISPONÍVEL EM: <[HTTPS://STF.JUSBRASIL.COM.BR/JURISPRUDENCIA/3817597/PETICAO-PET-3388](https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3817597/peticao-pet-3388)>. ACESSO EM: 29 JUL. 2018.

DUSSEL, ENRIQUE. 1492 – O ENCOBRIMENTO DO OUTRO: A ORIGEM DO MITO DA MODERNIDADE. RIO DE JANEIRO: EDITORA VOZES LTDA., 1993.

JOAQUIM, ANA PAULA. DIREITO CONSTITUCIONAL INDÍGENA – UMA ANÁLISE À LUZ DO CASO RAPOSA/SERRA SOL. 2013. DISSERTAÇÃO (MESTRADO EM DIREITO) – FACULDADE DE DIREITO DO LARGO DE SÃO FRANCISCO, UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, SÃO PAULO.

LIBERATO, ANA PAULA; GONÇALVES, ANA PAULA RENGEL. A PROTEÇÃO DOS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. IN: OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL: DESAFIOS NO SÉCULO XXI. SOUZA FILHO, CARLOS FREDERICO MARÉS; BERGOLD, RAUL CEZAR. (ORGS.). CURITIBA: LETRA DA LEI, 2013.

MALDONADO-TORRES, NELSON. A TOPOLOGIA DO SER E A GEOPOLÍTICA DO CONHECIMENTO. MODERNIDADE, IMPÉRIO E COLONIALIDADE. REVISTA CRÍTICA DE CIÊNCIAS SOCIAIS, 80, MARÇO 2008.

MARÉS, CARLOS. OS POVOS INDÍGENAS E O DIREITO BRASILEIRO. IN: OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL: DESAFIOS NO SÉCULO XXI. SOUZA FILHO, CARLOS FREDERICO MARÉS; BERGOLD, RAUL CEZAR. (ORGS.). CURITIBA: LETRA DA LEI, 2013.

OSOWSKI, RAQUEL. O MARCO TEMPORAL PARA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS, MEMÓRIA E ESQUECIMENTO. MEDIAÇÕES, LONDRINA, v. 22, n. 2, p. 320-346. JUL/DEZ. 2017.

QUIJANO, ANÍBAL. COLONIALIDAD DEL PODER, GLOBALIZACIÓN Y DEMOCRACIA. IN: GUAL, PEDRO (ORG.). TENDENCIAS BÁSICAS DE NUESTRA ÉPOCA: GLOBALIZACIÓN Y DEMOCRACIA. CARACAS: INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS DIPLOMÁTICOS, 2000.

_____. COLONIALIDADE DO PODER, EUROCENTRISMO E AMÉRICA LATINA. IN: LANDER, EDGARDO (ORG.). A COLONIALIDADE DO SABER: EUROCENTRISMO E CIÊNCIAS SOCIAIS. PERSPECTIVAS LATINO-AMERICANAS. CLACSO, CONSEJO LATINOAMERICANO DE CIÊNCIAS SOCIALES, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, ARGENTINA, 2005.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. PARA ALÉM DO PENSAMENTO ABISSAL: DAS LINHAS GLOBAIS A UMA ECOLOGIA DE SABERES. IN: SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA; MENESES, MARIA PAULA (ORGS.). EPISTEMOLOGIAS DO SUL. COIMBRA: EDIÇÕES ALMEDINA. SA., 2009.

_____. PARA UM NOVO SENSO COMUM: A CIÊNCIA, O DIREITO E A POLÍTICA NA TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA. 4. ED. SÃO PAULO: CORTEZ, 2002.

SCHWANTES, SUSANNA; STARCK, GILBERTO. MARCO TEMPORAL E AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS: ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE E DA CONVENCIONALIDADE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DA CIDH. ANUÁRIO BRASILEIRO DE DIREITO INTERNACIONAL, v. 2, n. 23, JUL. DE 2017.

SIQUEIRA, ROBERTA CRISTINA DE MORAIS; MACHADO, VILMA DE FÁTIMA. DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS OU DIREITOS PARA OS POVOS INDÍGENAS? REVISTA DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, VITÓRIA, N.6, P. 15-37, JUN./DEZ. 2009.

O MOVIMENTO NEGRO E SEU PAPEL EDUCADOR: EPISTEMOLOGIAS CONTRA-HEGEMÔNICAS QUE EMERGEM DAS PRÁTICAS SOCIAIS

Joan Kleber Amorim da Silva (Direito/UPE)⁶⁴

Paula Gabriela Lima de Almeida (Direito/UPE)⁶⁵

Orientadora: Clarissa Marques⁶⁶

Resumo: Em virtude do processo de colonização, no qual houve um sistema de tráfico e escravização da população negra, se constituiu na sociedade brasileira um paradigma de subjugação que violenta indivíduos em razão da cor de sua pele. A lógica colonial e eurocentrada – pautada na inferiorização de determinados sujeitos a depender do lugar que ocupem na “classificação social” – se perpetua na modernidade, por meio da colonialidade, reiterando a história e a cultura negra como subalternas. Neste contexto, a população negra passa a se articular através de movimentos sociais tendo como principais objetivos o enfrentamento do racismo e a luta por direitos relacionados à igualdade, reparação, reconhecimento e valorização de seu povo. Os movimentos negros no Brasil dão voz a sujeitos historicamente marginalizados e contribuíram para a conquista de garantias em prol dos/as negros/as, a exemplo do acesso à educação. A partir de uma reflexão sobre o processo de subalternização da identidade negra no imaginário social e sobre a importância da atuação de movimentos sociais negros na desconstrução deste paradigma, a presente pesquisa se propõe a compreender de que forma as ações do movimento negro, enquanto agente de transformação social, repercutem no campo da educação para as relações étnico-raciais. Objetiva-se investigar quais as repercussões da colonialidade no processo de subalternização da identidade negra, compreender como os movimentos sociais negros podem contribuir com a afirmação da identidade e processos educativos voltados para a questão afro-brasileira e identificar quais os diálogos existentes entre as ações de movimentos negros e o surgimento de novas práticas epistêmicas no âmbito da educação. Utiliza-se no desenvolvimento do

⁶⁴ Graduando de Direito pela Universidade de Pernambuco (UPE – *Campus Arcoverde*), membro do Grupo de Estudos e Pesquisas Transdisciplinares Sobre Meio Ambiente, Diversidade e Sociedade (GEPT/UPE/CNPq) e do Coletivo Direitos em Movimento (DIMO/UPE/CNPq). E-mail: kleberamorim96@gmail.com.

⁶⁵ Graduada em Direito pela Universidade de Pernambuco (UPE – *Campus Arcoverde*), membro do Grupo de Estudos e Pesquisas Transdisciplinares Sobre Meio Ambiente, Diversidade e Sociedade (GEPT/UPE/CNPq) e do Coletivo Direitos em Movimento (DIMO/UPE/CNPq). E-mail: kleberamorim96@gmail.com.

⁶⁶ Professora da Universidade de Pernambuco (UPE) e do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Faculdade Damas (Recife/PE), Coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisas Transdisciplinares sobre Meio Ambiente, Diversidade e Sociedade (GEPT/UPE/CNPq), Coordenadora do Coletivo Direitos em Movimento (UPE) e integrante do Grupo de Pesquisa Historiografias Decoloniais: direito, natureza e coletividades na América Latina. E-mail: marquesc2504@gmail.com.

trabalho o método indutivo, bem como uma abordagem qualitativa e a pesquisa bibliográfica e documental, possuindo como referencial teórico autores como Aníbal Quijano e Boaventura de Sousa Santos. Cumpre ressaltar que por meio da atuação de movimento negros, abre-se a possibilidade de rompimento dos mecanismos de poder marcados pela invisibilidade da raça negra e manutenção do racismo estrutural. As ações do movimento resultam, inclusive, no estabelecimento de políticas públicas de inclusão e valorização dos/as negros/as. Não obstante, este processo incide também no âmbito da educação, de modo que as questões raciais começam a ser debatidas, surgindo questionamentos, problematizações teóricas e discussões acerca do ensino e das práticas formativas, no intuito de se combater a reprodução das desigualdades raciais no campo educacional. Desta forma, além de seu importante papel político, o Movimento Negro Brasileiro possui também um papel educador na medida em que passa a questionar a realidade das relações étnico-raciais na sociedade e estabelecer outras perspectivas de conhecimento pautadas nas suas vivências e atuação social. O movimento negro enquanto agente político é um sistematizador de conhecimentos construídos pela comunidade negra e um produtor e reproduzidor de saberes emancipatórios. Logo, sua atuação pode ser considerada como uma alternativa epistemológica contra-hegemônica, capaz de produzir conhecimentos a partir das práticas sociais dos sujeitos periféricos.

Palavras-chave: Colonialidade. Identidade negra. Movimento Negro. Educação. Epistemologias do Sul.

Resumen: En virtud del proceso de colonización, en el cual hubo un sistema de tráfico y esclavización de la población negra, se constituyó en la sociedad brasileña un paradigma de subyugación que violenta a individuos en razón del color de su piel. La lógica colonial y eurocentrada – pautada en la inferioridad de determinados sujetos a depender del lugar que ocupan en la "clasificación social" – se perpetúa en la modernidad, por medio de la colonialidad, reiterando la historia y la cultura negra como subalternas. En este contexto, la población negra pasa a articularse a través de movimientos sociales teniendo como principales objetivos el enfrentamiento del racismo y la lucha por derechos relacionados a la igualdad, reparación, reconocimiento y valorización de su pueblo. Los movimientos negros en Brasil dan voz a sujetos históricamente marginados y contribuyeron a la conquista de garantías en favor de los/las negros/as, a ejemplo del acceso a la educación. A partir de una reflexión sobre el proceso de subalternización de la identidad negra en el imaginario social y sobre la importancia de la actuación de movimientos sociales negros en la deconstrucción de este paradigma, la presente investigación se propone a comprender de qué forma las acciones del movimiento negro, como agente de transformación social, repercuten en el campo de la educación para las relaciones étnico-raciales. Se pretende investigar cuáles son

las repercusiones de la colonialidad en el proceso de subalternización de la identidad negra, comprender cómo los movimientos sociales negros pueden contribuir con la afirmación de la identidad y procesos educativos dirigidos a la cuestión afro-brasileña e identificar cuáles son los diálogos existentes entre las acciones de los movimientos negros y el surgimiento de nuevas prácticas epistémicas en el ámbito de la educación. Se utiliza en el desarrollo del trabajo el método inductivo, así como un enfoque cualitativo y la investigación bibliográfica y documental, teniendo como referencial teórico autores como Aníbal Quijano y Boaventura de Sousa Santos. Es necesario resaltar que por medio de la actuación de movimiento negro, se abre la posibilidad de rompimiento de los mecanismos de poder marcados por la invisibilidad de la raza negra y el mantenimiento del racismo estructural. Las acciones del movimiento resultan, incluso, en el establecimiento de políticas públicas de inclusión y valorización de los/las negros/as. No obstante, este proceso incide también en el ámbito de la educación, de modo que las cuestiones raciales pasan a ser discutidas, surgiendo cuestionamientos, problematizaciones teóricas y discusiones acerca de la enseñanza y de las prácticas formativas, con el fin de combatir la reproducción de las desigualdades raciales en el campo educativo. Además de su importante papel político, el Movimiento Negro Brasileño tiene también un papel educador en la medida en que pasa a cuestionar la realidad de las relaciones étnico-raciales en la sociedad y establecer otras perspectivas de conocimiento pautadas en sus vivencias y actuación social. El movimiento negro como agente político es un sistematizador de conocimientos construidos por la comunidad negra y un productor y reproductor de saber emancipatórios. Por lo tanto, su actuación puede ser considerada como una alternativa epistemológica contra-hegemónica, capaz de producir conocimientos a partir de las prácticas sociales de los sujetos de la periferia.

Palabras clave: Colonialidad. Identidad Negra. Movimiento Negro. Educación. Epistemologías del Sur.

INTRODUÇÃO

A partir de uma reflexão sobre o processo de subalternização da identidade negra no imaginário social e sobre a importância da atuação de movimentos sociais negros na desconstrução deste paradigma, a presente pesquisa se propõe a estudar algumas ações do movimento negro e analisar de que forma sua atuação, enquanto agente de transformação social, repercute no campo da educação para as relações étnico-raciais.

Não obstante, tendo em vista a luta pelo resgate e a valorização dos aspectos histórico-culturais da população afrodescendente, a atuação do movimento negro será abordada neste trabalho como uma alternativa epistemológica capaz de produzir conhecimentos a partir das práticas sociais, e de promover uma (re)educação antirracista na sociedade. Sendo assim, a

pesquisa possui como objetivo geral compreender em que medida a atuação de movimentos negros contribui para a promoção de uma educação antirracista.

Já no que diz respeito aos objetivos específicos pretende-se identificar quais as repercussões da colonialidade no processo de subalternização da identidade negra, investigar as contribuições do movimento negro para a ressignificação da identidade afro-brasileira e fortalecimento da educação para as relações étnico-raciais, bem como analisar os diálogos existentes entre as ações de movimentos sociais negros e o surgimento de novas práticas epistêmicas no âmbito da educação.

Utiliza-se no desenvolvimento do trabalho o método indutivo, bem como uma abordagem qualitativa e a pesquisa bibliográfica e documental. Possui como uma de suas bases materiais já elaborados acerca do tema proposto, constituídos principalmente de livros e artigos científicos, e utiliza-se como referencial teórico autores/as como Aníbal Quijano, Nilma Lino Gomes e Boaventura de Sousa Santos.

Assim, o problema de pesquisa que orientará esse estudo é “Em que medida a atuação de movimentos negros contribui para a promoção de uma educação antirracista? ”.

1. OS EFEITOS DA COLONIZAÇÃO E DA COLONIALIDADE SOBRE A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE NEGRA

Em virtude do processo de colonização, no qual houve um sistema de tráfico e escravização da população negra, se constituiu na sociedade brasileira um paradigma de subjugação que violenta indivíduos em razão da cor de sua pele. O sistema colonial instituído pelo Ocidente baseava-se primordialmente na exploração dos recursos naturais existentes no Brasil e da mão de obra escrava composta principalmente pelos povos africanos vítimas do tráfico e posteriormente pelos seus descendentes.

Como relata Achille Mbembe (2014, p. 105), houve “a deportação, em condições desumanas, de carregamentos de vários milhões de negros para o Novo Mundo, onde um sistema económico fundado na escravatura contribuirá de maneira decisiva para a acumulação primitiva de capital [...]”. A vida humana desses sujeitos, em meio a um extensivo comércio de escravos, foi transformada em mercadoria (MIGNOLO, 2017) para se atender aos anseios da expansão econômica do Ocidente.

No período colonial, os africanos e afrodescendentes escravizados eram vistos como seres inferiores e não raramente tinham sua humanidade desconsiderada, sendo tratados como bichos cuja vida era destinada apenas a trabalhar ininterruptamente e servir aos senhores. Desta forma, “passaram a pertencer a outros, que se puseram hostilmente a seu cargo, deixando assim de ter nome ou língua própria” (MBEMBE, 2014, p. 12)..

Não obstante, posteriormente a população negra passou também a carregar consigo os estigmas de escravo/a e, conseqüentemente, sua imagem foi associada à barbárie e

selvageria, sendo os/as negros/as considerados como classe perigosa em face da elite branca tida como civilizada (BARROS, 2006). Desta forma, houve a deslegitimação de tudo que era associado à identidade africana e afro-brasileira – sejam os aspectos físicos, as línguas nativas, as manifestações culturais e/ou religiosas – de modo que determinadas práticas passaram a ser consideradas pecaminosas e até mesmo criminosas, de acordo com a visão da classe dominante.

Cabe ressaltar que é nesse cenário que se sustenta as bases da modernidade. Embora o colonialismo e o imperialismo, em tese, tenham sido superados, as marcas coloniais subsistem no tempo e no espaço. É por meio da colonialidade, em especial a colonialidade do poder, termo cunhado por Aníbal Quijano (2002), que se opera na modernidade a manutenção da lógica de dominação.

Segundo o autor, nessa relação entre conquistadores e conquistados estabeleceu-se um novo padrão de poder, o qual possui como um de seus eixos fundamentais a ideia de raça. Tal ideia é pautada na codificação das diferenças fenotípicas entre os sujeitos, de modo que defende a existência de “uma supostamente distinta estrutura biológica que situava a uns em situação natural de inferioridade em relação a outros” (QUIJANO, 2005, p. 107). Para o referido autor, este foi o elemento constitutivo primordial das relações de dominação instituídas no processo de conquista.

Neste contexto, são produzidas novas identidades sociais com conotação racial, a exemplo do/a negro/a, e, a partir disto, constitui-se uma classificação social baseada na hierarquização de raças (QUIJANO, 2005). De acordo com o padrão de dominação estabelecido, determinados sujeitos são inseridos em um paradigma de subjugação a depender do lugar que ocupem nessa classificação social/racial.

Para Achille Mbembe (2014, p. 19), o termo “negro” assinalava: “[...] o assombramento, para milhões de pessoas apanhadas nas redes da dominação de raça, de verem funcionar os seus corpos e pensamentos a partir de fora, e de terem sido transformadas em espectadores de qualquer coisa que era e não era a sua própria vida”.

Houve, portanto, um processo de desumanização dos/as negros/as cuja vida, enquanto mercadoria para atender aos interesses eurocêntricos, foi dissociada de seus aspectos culturais, sociais, religiosos, ou seja, de sua identidade anteriormente construída. Um novo padrão, pautado na perspectiva eurocentrada de mundo foi imposto com o intuito de “civilizar” os povos subalternizados, gerando uma invisibilização e marginalização de tudo que se contrapõe ao modelo de ser/viver instituído, incluindo-se aí os traços associados à negritude. Neste processo, os/ povos afrodescendentes tiveram sua imagem construída a partir de uma representação que os descrevia como povos sem fé, lei ou rei e isto foi crucial para sua caracterização como inferior em relação ao branco (MBEMBE, 2014). A normatização instituída pelos povos europeus é de cunho evidentemente etnocêntrico, uma vez que tudo

que não era conhecido ou legitimado de acordo com a visão dos mesmos, passava a ser traduzido como uma suposta falta, uma ausência de “cultura”, e não como um “costume diverso ou variado” (STREVA, 2016, p. 27).

Assim constitui-se o eurocentrismo, que seria “exatamente a confusão entre a universalidade abstrata com a mundialidade concreta hegemônica pela Europa como ‘centro’” (DUSSEL, 2005, p. 28). A Europa se institui como um paradigma central que estabelece as outras culturas como periféricas. Desta forma, o povo negro (no contexto brasileiro, os africanos e afrodescendentes) se torna vítima de diversas formas de violência, pois lhe é atribuída uma culpa em razão de se opor ao processo civilizador pelo simples fato de existir.

A colonialidade é o meio pelo qual se reitera tal condição na modernidade, operando a lógica colonial de forma latente ou velada. Como salientado por Quijano (2002), esse novo sistema de dominação social, material e intersubjetiva tem como elemento fundador a ideia de raça, e o racismo é um dos meios pelo qual se opera a manutenção do padrão de poder, afetando todas as áreas da existência social dos indivíduos.

2. A IMPORTÂNCIA DO MOVIMENTO NEGRO PARA A RESSIGNIFICAÇÃO DA IDENTIDADE E FORTALECIMENTO DA EDUCAÇÃO AFRO-BRASILEIRA

A atuação dos movimentos negros, enquanto agentes políticos, no enfrentamento do racismo e na reivindicação por direitos em prol do povo negro, acarreta a necessidade de uma mudança estrutural da sociedade no que diz respeito às relações étnico-raciais bem como à (re)construção da identidade no meio social.

Os movimentos sociais negros estabelecem uma mudança de paradigma, quebrando estereótipos e estigmas negativos atribuídos aos sujeitos em razão da cor de sua pele, de modo a valorizar a negritude e suas diversas formas de expressão. Desse modo, possibilita-se a reconstrução da identidade negra tanto sob o aspecto da autoidentidade – ou seja, o autorreconhecimento do indivíduo enquanto negro/a – quanto da identidade atribuída – que diz respeito à forma como a imagem dos/as negros/as é construída no imaginário social (FERNANDES; SOUZA, 2016).

Uma importante estratégia utilizada no processo de ressignificação da identidade negra é a valorização da ancestralidade e a exaltação da origem e da cultura africana e afro-brasileira. Por meio das ações do movimento negro, “denuncia-se a descaracterização pela qual essa cultura tem passado, criticam-se as manifestações artísticas e literárias que não retratam o negro na sua autenticidade, estimulam-se o conhecimento e a divulgação das tradições de origem africana” (PINTO, 1993, p. 30).

Assim sendo, se pode notar que “a reconstrução do ‘ser negro’ passa por um processo de conscientização e valorização da negritude e pela construção política e sociocultural de sua identidade” (FERNANDES; SOUZA, 2016, p. 116). Este processo incide também no âmbito

da educação, de modo que as questões raciais começam a ser debatidas, surgindo questionamentos, problematizações teóricas e discussões acerca do ensino e das práticas formativas, no intuito de se combater a reprodução das desigualdades raciais no campo educacional (LIMA, 2018).

Como relata MUNANGA (2013, p. 21): “a educação habitualmente dispensada aos nossos jovens é focada em geral numa visão eurocêntrica que, além de ser monocultural, não respeita nossas diversidades de gêneros, sexos, religiões, classes sociais, ‘raças’ e etnias”. Até a narrativa da nossa própria história é construída a partir do olhar do colonizador.

Na esfera escolar, constituiu-se desde a educação de base um silenciamento no que diz respeito às raízes culturais, às lutas e à influência dos povos africanos escravizados e de seus descendentes na formação e no desenvolvimento da história do Brasil (SILVA JR, 2002). Neste contexto, evidencia-se a importância da atuação de movimentos sociais para desconstruir o paradigma de subalternização histórica e cultural do povo negro.

Outro importante ponto de discussão dentro do movimento negro diz respeito ao acesso dos/as negros/as à educação. Ao longo do tempo, por meio de luta e resistência, os movimentos sociais negros obtiveram algumas conquistas no que diz respeito ao estabelecimento de ações afirmativas, cujas iniciativas visam o enfrentamento das desigualdades raciais e a ampliação de oportunidades sociais (JACCOUD, 2008), de modo que sua atuação repercutiu na criação de políticas públicas de combate à discriminação racial. Nesta perspectiva, destaca-se no âmbito da educação, mais especificamente do ensino superior, a implementação do sistema de cotas raciais em diversas universidades visando o ingresso de estudantes negros/as nessas instituições. Como relata JACCOUD (2008), as universidades têm buscado mudar o perfil dos discentes, ampliando as oportunidades de jovens negros no acesso ao ensino superior. Tem se reconhecido a importância de se expandir a diversidade social e cultural dentro do ambiente acadêmico – responsável pela geração e difusão de conhecimento no país.

Não obstante, no que concerne ao ensino e à educação escolar, uma das principais reivindicações do movimento negro foi e continua sendo a inclusão nos currículos escolares de conteúdos que versem sobre o ensino de história africana e afro-brasileira, bem como da educação voltada para questões étnico-raciais. Como resposta a tais reivindicações dos movimentos negros articulados com outros setores da sociedade, foi sancionada em março de 2003, a Lei nº 10.639/03-MEC que altera a LDB (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), estabelecendo também as Diretrizes Curriculares para sua implementação.

A lei 10.639 torna obrigatória a instituição nos currículos escolares da Educação para as Relações Étnico-Raciais e do Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana, em todos os níveis do ensino. Busca-se, assim, desconstruir o paradigma de discriminação que vitima

a população negra em razão da cor de sua pele, bem como promover o resgate histórico da importância dos/as negros/as para a formação da sociedade brasileira.

3. AS INTERSECÇÕES ENTRE A ATUAÇÃO DE MOVIMENTOS NEGROS E O SURGIMENTO DE NOVAS EPISTEMOLOGIAS NO CAMPO DA EDUCAÇÃO

A atuação de movimentos sociais negros no Brasil, enquanto agentes políticos de transformação social – que lutam pelo enfrentamento do racismo e reivindicam direitos relacionados à igualdade, reparação, reconhecimento e valorização do povo negro –, é aqui considerada uma alternativa epistemológica contra-hegemônica. É, portanto, um meio de produção de conhecimentos válidos, construídos a partir das narrativas construídas na periferia.

Pode ser considerada, assim, uma resistência ativa – política e epistemológica – dos sujeitos periféricos. Segundo Boaventura de Sousa Santos (2007), essa resistência se dá por meio da construção de um pensamento pós-abissal, o qual rompe com a hegemonia do pensamento da modernidade ocidental, propondo um aprendizado a partir de epistemologias do sul como alternativa contra-hegemônica.

Isto se faz necessário, pois o pensamento moderno ocidental, de acordo com Boaventura (2007), é um “pensamento abissal”. Desta forma, aquilo que é produzido “para além da linha” é invisibilizado e considerado inexistente, uma vez que a principal característica desse pensamento é a impossibilidade de convivência e co-presença entre os dois lados da linha.

Em contrapartida, o pensamento pós-abissal trata-se de uma ecologia de saberes, ou seja, do reconhecimento da existência de conhecimentos heterogêneos e plurais, confrontando-se a monocultura da ciência moderna. O pensamento pós-abissal defende a impossibilidade de existir uma epistemologia geral, sendo uma de suas condições a co-presença radical entre ambos os lados da linha, os quais devem ser contemporâneos em termos igualitários (SANTOS, 2007).

Além de seu importante papel político diante de uma sociedade racialmente desigual, na qual o racismo permanece se difundindo e se institucionalizando, o Movimento Negro Brasileiro possui também um papel educador na medida em que produz saberes emancipatórios e sistematiza de conhecimentos sobre a questão racial no Brasil (GOMES, 2017, p. 14).

No processo de luta pelo enfrentamento do racismo e instituição de ações afirmativas e de políticas públicas em prol dos/as negros/as, os movimentos negros educam e reeducam a sociedade no que diz respeito às questões étnico-raciais. Emerge de suas ações outro modelo de racionalidade, bem como outros saberes emancipatórios produzidos por estes atores políticos, o que implica mudanças na estrutura da sociedade e a necessidade de se adotar uma nova perspectiva em torno da negritude nos contextos escolar, acadêmico, político e social (GOMES, 2011).

Ao colocar o/a negro/a no papel de protagonista de sua própria história, prezando pelo respeito às ancestralidades e a valorização da cultura e das tradições dos povos afrodescendentes, a atuação de movimentos sociais negros tende a romper com o pensamento hegemônico marcado pelo viés colonial, no qual a parcela negra da população é vista como subalterna e por isso se mantém invisibilizada.

Desta forma, a atuação do movimento negro e os conhecimentos construídos pelo mesmo representam um novo saber, sendo parte da ecologia dos saberes proposta por Boaventura de Sousa Santos. Pode ser considerada, então, uma prática fundada no pensamento pós-abissal, pois se trata de “um aprender com o Sul usando uma epistemologia do Sul” (SANTOS, 2007, p. 85).

As práticas educacionais dos movimentos sociais com ênfase nas questões afro-brasileiras aqui abordadas podem ser percebidas através de duas perspectivas. A primeira diz respeito à utilização no âmbito da educação formal e escolar dos conhecimentos produzidos e sistematizados pelos movimentos negros em torno das temáticas voltadas às relações étnico-raciais e da história e cultura afro-brasileira, uma vez que é uma epistemologia válida e legítima.

Desta forma, rompe-se com a manutenção no sistema educacional do pensamento hegemônico pautado no ideal eurocêntrico do saber e adota-se uma prática epistêmica do Sul construída a partir das experiências dos indivíduos historicamente subalternizados e cujos conhecimentos mantiveram-se sob o manto da invisibilização. Com a adoção desta alternativa epistemológica, se fortalece o processo de descolonização do saber, enfrentando-se a colonialidade que afeta o âmbito da educação seja na construção das bases curriculares, no ensino e/ou nas práticas formativas em geral.

Não obstante, para além do contexto da educação formal e escolar, a atuação do movimento negro em si pode ser abordada como prática pedagógica que educa e reeduca os sujeitos no que diz respeito a questões identitária, raciais etc. Neste caso, o conhecimento é construído pela coletividade de forma participativa, a partir de vivências e ações. Busca-se promover a educação em sentido amplo, de modo que o conhecimento sobre a nossa história e nossa realidade seja construído de forma íntegra e responsável.

Na atuação dos movimentos sociais negros existe a articulação entre conhecimento e ação com o objetivo de se produzir e difundir saberes emancipatórios, “significa a intervenção social, cultural e política de forma intencional e direcionada dos negros e negras ao longo da história, na vida em sociedade, nos processos de produção e reprodução da existência” (GOMES, 2017, p. 67).

Rompe-se com as estruturas de poder marcadas pela colonialidade do poder, do saber e do ser e pela hegemonia do eurocentrismo em detrimento da subalternização do Sul global. Ao questionar a realidade das questões étnico-raciais no Brasil e lutar pela conquista de direitos

em prol de seu povo, o movimento negro promove mudanças estruturais na sociedade, (re)educando-a a partir de uma epistemologia e uma prática pedagógica pautadas na perspectiva da própria periferia..

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O povo negro foi vítima de um sistema de tráfico e escravização no período da colonização e as marcas permaneceram se perpetuando ao longo do tempo, a exemplo dos estigmas associados ao povo negro, da exclusão social e do silenciamento sobre as lutas e conquistas dos africanos e afrodescendentes. Por meio da colonialidade a lógica colonial permaneceu operando na modernidade e os/as negros/as e seus aspectos identitários foram inseridos em um paradigma de subalternização.

Esta realidade afeta o meio educacional, de modo que o sistema acaba reproduzindo a discriminação pautada na raça e silenciando sobre questões referentes à negritude, tendo como consequências, entre outras, a omissão no ensino de história e cultura afro-brasileira e africana e demais temáticas voltadas às questões étnico-raciais. Outro ponto importante diz respeito ao acesso e à permanência de pessoas negras ao ensino escolar e universitário, uma vez que em razão das desigualdades sociais/raciais existem diversos óbices para sua concretização.

A atuação dos movimentos negros neste contexto torna-se crucial para a desconstrução do paradigma de subjugação do/a negro/a no imaginário social e ressignificação dos aspectos relacionados à negritude. É uma forma de resistência por meio da luta articulada, que reivindica direitos de igualdade, reparação, reconhecimento e valorização do povo negro. O movimento negro já obteve grandes conquistas em prol da parcela negra da população, como a Lei 10.639/03 e a instituição do sistema de cotas raciais para que negros/as tenham mais oportunidades no acesso ao ensino superior.

Neste processo, os movimentos negros educam e reeducam a sociedade a partir de suas práticas sociais, trazendo questionamentos e discussões sobre temáticas ligadas a questões étnico-raciais, no intuito de se combater a reprodução das desigualdades raciais no meio social. Desta forma, sua atuação pode ser considerada uma epistemologia do Sul, construída a partir da perspectiva dos sujeitos periféricos e, portanto, um meio de produção e sistematização de conhecimentos válidos. Trata-se, assim, de um movimento de subversão política, social e epistêmica de caráter educativo, contra-hegemônico e emancipatório.

REFERÊNCIAS

BARROS, G. S. RACISMO INSTITUCIONAL: A COR DA PELE COMO PRINCIPAL FATOR DE SUSPEIÇÃO. DISSERTAÇÃO (MESTRADO) – UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO. CFCH. CIÊNCIA POLÍTICA. RECIFE, 2006.

BRASIL. DIRETRIZES CURRICULARES NACIONAIS PARA A EDUCAÇÃO DAS RELAÇÕES ÉTNICO-RACIAIS E PARA O ENSINO DA HISTÓRIA AFRO-BRASILEIRA AFRICANA. BRASÍLIA: SECAD/MEC, 2004.

DUSSEL, E. EUROPA, MODERNIDADE E EUROCENTRISMO. IN: LANDER, EDGARDO (ORG). A COLONIALIDADE DO SABER: EUROCENTRISMO E CIÊNCIAS SOCIAIS. PERSPECTIVAS LATINOAMERICANAS. COLECCIÓN SUR SUR, CLACSO, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, ARGENTINA. SETEMBRO, 2005. (P. 24-32).

FERNANDES, VIVIANE B.; SOUZA, MARIA CECILIA C. C. IDENTIDADE NEGRA ENTRE EXCLUSÃO E LIBERDADE. REVISTA DO INSTITUTO DE ESTUDOS BRASILEIROS, (63), 2016, 103-120. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://DOI.ORG/10.11606/ISSN.2316-901X.V0I63P103-120](https://doi.org/10.11606/ISSN.2316-901X.V0I63P103-120).

GOMES, NILMA L. O MOVIMENTO NEGRO NO BRASIL: AUSÊNCIAS, EMERGÊNCIAS E A PRODUÇÃO DOS SABERES. PERIÓDICOS UFSC: POLÍTICA & SOCIEDADE. V. 10, N. 18, ABR. 2011 (P. 133-154).

_____. O MOVIMENTO NEGRO EDUCADOR: SABERES CONSTRUÍDOS NAS LUTAS POR EMANCIPAÇÃO. PETRÓPOLIS, RJ: VOZES, 2017.

JACCOUD, LUCIANA. O COMBATE AO RACISMO E À DESIGUALDADE: O DESAFIO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL. IN: THEODORO, MÁRIO (ORG). AS POLÍTICAS PÚBLICAS E A DESIGUALDADE RACIAL NO BRASIL: 120 ANOS APÓS A ABOLIÇÃO. BRASÍLIA: IPEA, 2008. (P.131-166).

LIMA, I. C. TRAJETÓRIA, HISTÓRIA E IDENTIDADE NEGRA: ELEMENTOS DE CONSTITUIÇÃO DA PEDAGOGIA INTERÉTNICA EM SALVADOR. TEIAS: RIO DE JANEIRO, A. 9, N. 17, PP. 3-15, JAN./JUN. 2008.

_____. PENSAMENTO NEGRO EM EDUCAÇÃO NO BRASIL: TRAJETOS HISTÓRICOS DE PROPOSIÇÕES PEDAGÓGICAS EM SALVADOR E NO RIO DE JANEIRO NO SÉCULO XX. REVISTA DA ABPN • V. 10, N. 25 • MAR./JUN 2018, P.222-247.

MBEMBE, ACHILLE. CRÍTICA DA RAZÃO NEGRA. TRADUÇÃO DE MARTA LANÇA. PORTUGAL: ANTÍGONA, 1ª ED., 2014.

MIGNOLO, W. COLONIALIDADE: O LADO MAIS OSCURO DA MODERNIDADE. TRADUÇÃO DE MARCO OLIVEIRA. REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS SOCIAIS - VOL. 32 Nº 94, JUNHO/2017.

MUNANGA, K. EDUCAÇÃO E DIVERSIDADE ÉTNICO-CULTURAL: A IMPORTÂNCIA DA HISTÓRIA DO NEGRO E DA ÁFRICA NO SISTEMA EDUCATIVO BRASILEIRO. IN: MÜLLER, TÂNIA M. P.; COELHO, WILMA N. B. (ORG). RELAÇÕES ÉTNICO-RACIAIS E DIVERSIDADE. NITERÓI: EDITORA DA UFF, ALTERNATIVA, 2013 (P. 21-33).

PINTO, REGINA PAHIM. MOVIMENTO NEGRO E EDUCAÇÃO DO NEGRO: ÊNFASE NA IDENTIDADE. CADERNOS DE PESQUISA, SÃO PAULO: FCC, Nº 86, AGO., 1993.

QUIJANO, ANÍBAL. COLONIALIDADE, PODER, GLOBALIZAÇÃO E DEMOCRACIA. NOVOS RUMOS, ANO 17, N. 37, 2002.

_____. COLONIALIDADE DO PODER, EUROCENTRISMO E AMÉRICA LATINA. IN: LANDER, EDGARDO (ORG). A COLONIALIDADE DO SABER: EUROCENTRISMO E CIÊNCIAS SOCIAIS. PERSPECTIVAS LATINOAMERICANAS. COLECCIÓN SUR SUR, CLACSO, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, ARGENTINA. SETEMBRO, 2005. (P. 107-130).

SANTOS, B. S. PARA ALÉM DO PENSAMENTO ABISSAL: DAS LINHAS GLOBAIS A UMA ECOLOGIA DE SABERES. NOVOS ESTUDOS, CEBRAP, NOV. 2007 (P. 71-94).

SILVA JR., H.. DISCRIMINAÇÃO RACIAL NAS ESCOLAS: ENTRE A LEI E AS PRÁTICAS SOCIAIS. – BRASÍLIA: UNESCO, 2002.

STREVA, JULIANA M. COLONIALIDADE DO SER E CORPORALIDADE: O RACISMO BRASILEIRO POR UMALENTE DESCOLONIAL. REVISTA ANTROPOLÍTICA, N. 40, NITERÓI, P.20-53, 1. SEM. 2016.

POLICIAMENTO À BRASILEIRA: O CAPITÃO DO MATO, O POLICIAL MILITAR E A CARNE MAIS BARATA DO MERCADO: UMA ANÁLISE HISTÓRICO-SOCIAL DA AUTOFAGIA NEGRA

Orientadora: Érica Babini Machado (Direito/UNICAP)⁶⁷

Emilly Mylena Vieira Do Nascimento (Direito/UNICAP)⁶⁸

Fabiana Barros e Silva (Direito/UNICAP)⁶⁹

José Vitor Gomes Dos Santos (Direito/UNICAP)⁷⁰

RESUMO: O presente artigo trata de investigar as relações histórico-sociais entre escravização, racismo institucional, ligado à atuação estatal, e ação policial nas ruas. O projeto genocida da população negra não somente diz respeito àqueles que são vítimas da atuação do Estado, como a própria polícia que é também vitimizada. Isto implica compreender a instituição polícia Militar no Brasil, e sua herança marcante que remonta momentos históricos de extrema violência. Justificado a partir do cenário atual de mortes da população negra, seja devido à letalidade policial, seja devido à vitimização policial, ou até mesmo ao perfil da população encarcerada. Desmascarando, assim, o mito da democracia racial e expondo a ideologia genocida e racista que se mantém de forma efetiva e intacta no Estado brasileiro. Foram utilizados inúmeros autores, em sua maioria negra para embasar o que seria essa busca ao cerne do Racismo brasileiro e da construção da Polícia e, para além da análise bibliográfica, observou-se dados de fontes especializadas que puderam confirmar os objetivos supracitados. É possível observar, ao final, que os corpos negros inscritos na polícia militar atuam em meio ao seu próprio genocídio, como raça, devido à influência vital do racismo na construção do Estado e da corporação.

PALAVRAS-CHAVE: Polícia. Racismo institucional. Negro. Capitão do mato.

RÉSUMÉ: Le but de cet article est de vérifier les rapports historiques et sociales entre l'esclavage et le racisme institutionnel, associés à les actions de l'État et le comportement des policiers dans les rues. Le projet qui génocide le peuple noir ne concerne pas uniquement les

⁶⁷ Doutora em Direito pela UFPE. Professora da Graduação e Pós-graduação da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Coordenadora do Grupo de estudo REJUCrim: Rede de Estudos Juventudes e criminologias

⁶⁸ Graduanda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Membro do Grupo de estudo REJUCrim: Rede de Estudos Juventudes e criminologias

⁶⁹ Graduanda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Membro do Grupo de estudo REJUCrim: Rede de Estudos Juventudes e criminologias

⁷⁰ Graduando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Membro do Grupo de estudo REJUCrim: Rede de Estudos Juventudes e criminologias.

víctimas de l'acção de l'État, la police elle-même en est également victime. Ce que nous fait comprendre l'institution de la police militaire brésilienne et son patrimoine remarquable remontant à des moments historiques de violence extrême. En justifiant selon le scénario actuel de morts de la population noire, soit par la letalidade soit par la victimisation de la police ou même du profil de la population emprisonnée. Démasquant ainsi le mythe de la démocratie raciale et exposer l'idéologie génocidaire et raciste maintenue de manière efficace et intacte dans l'État brésilien. Il avait été utilisé par de nombreux auteurs, principalement des Noirs, pour soutenir ce qui serait la recherche du noyau du racisme brésilien et la construction de la police. Outre des analyses bibliographiques, des données provenant de sources spécialisées ont été observées pour confirmer les objectifs susmentionnés. On peut finalement constater que les corps noirs enregistrés dans la police militaire agissent au cœur de leur propre génocide, en tant que race, en raison de l'influence vitale du racisme dans la construction de l'État et de la société.

MOTS-CLÉS: La police. Le racisme institutionnel. Les noirs. Le capitaine de brousse.

INTRODUÇÃO

A história do policiamento Brasileiro é marcada por violência e dominação. Iniciando através de uma perspectiva histórica, se utilizando de revisão bibliográfica, analisamos em três capítulos a maneira em que se deu esse policiamento, e de que forma ele ainda guarda uma forte herança do período escravista. Partindo do nosso marco-histórico, Racismo Institucional, apresentamos o conceito de racismo e de que maneira a colonização brasileira marcou a militarização no país e também de como o estado se instrumentalizou do corpo negro para atuação em situações extrema exposição à morte. Logo após, delineamos os paralelos histórico-sociais que permeiam este processo de policiamento, denunciando as diversas interseções entre o capitão do mato, a guarda real de polícia e o atual policial militar, e fomentando a discussão acerca do genocídio da população negra. Por fim, através de uma análise quantitativa, ratificamos pragmaticamente as ideias debatidas durante o artigo, derrubando toda e qualquer máscara sobre quem mais morre e quem mais mata no Brasil.

1. BRASIL: UMA PÁTRIA EXTERMINADORA

“Raça não é um termo fixo, estático. Seu sentido está inevitavelmente atrelado às circunstâncias históricas em que é utilizado. Por trás da raça sempre há contingência, conflito, poder e decisão, de tal sorte que se trata de um conceito relacional e histórico. Assim, a história da raça ou das raças é a história da constituição política e econômica das sociedades contemporâneas” (ALMEIDA, 2018)

A força ideologia das estruturas raciais no Brasil se mantém. Em termos de Brasil, é quase impossível falar de algum âmbito seja ele histórico, político ou social, sem que a hierarquia das raças não esteja posta (ALMEIDA, 2018). O país permanece com a lógica casa-grande e senzala. É preciso, com toda certeza, escancarar feridas históricas jamais curadas pela nossa pátria exterminadora (GÓES, 2017). A ferida presente nesse artigo é a autofagia da população negra brasileira. Silvio Almeida acentua:

“O racismo é uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertençam.”

Na nossa nação a escravidão por um período de tempo maior usando para isso, o nome de Deus ou da ciência. O ranço da época colonial acompanha nossas elites até a atualidade, essas não querem abrir mão de seus privilégios que utiliza os mesmos mecanismos dos seus antepassados para se proteger. Como pode um país que foi e continua sendo construído por sangue negro ser considerado um exemplo de democracia racial. Esse mito surgiu por causa das pressões populares, revoltas, que ocorreram no século XIX (a Cabanagem, Setembrada, Farrroupilha, a Sabinada, a Balaiada, a Praieira e a dos Malês), a elite da época, com medo do que poderia acontecer, cria esse “conto de fadas” para se proteger.

1.1. Camburão e Navio negreiro: relação entre as fases de um projeto genocida

A democracia racial era a melhor forma de conter os grupos subalternizados (FLAUZINA, 2006). O genocídio a partir daí surge com mais força através do silenciamento (RIBEIRO, 2017), fazendo assim, que naturalizasse as maiores barbáries que fossem possíveis, dentre elas, a autofagia dos negros através do sistema penal. Dessa forma, a branquitude consegue convencer o Brasil de que os negros é que são a ameaça para a integridade nacional.

O medo branco (GÓES, 2017), sempre muito presente na nossa pátria, fez com que o negro entrasse na carreira militar. Dentre essas funções vamos versar e relacionar sobre o capitão do mato no período colonial, soldados da guerra do Paraguai e o policial militar, o capitão do mato da república (PIRES, 2013).

O capitão do mato era um homem negro, livre e pobre destinado pelos seus senhores para capturar os escravos e evitar a sua fuga. Eles conheciam bem a região a qual pertenciam. Trocavam essa habilidade por dinheiro e o sentimento de satisfação por querer renegar a sua participação a esse grupo social de sua origem. Com essa forma de trabalho queria ter acesso ao mundo dos senhores e ter a falsa impressão de poder dialogar com a classe

dominante. Mas, mesmo tido como um homem livre, não deixava de participar desse grupo social, não teve sua integração a outra parte da sociedade o que motivava a busca contra os seus. Não era bem visto nem entre os brancos nem entre os seus irmãos de cor, o que lhe restou foi a vida marginalizada (NASCIMENTO, 2006).

A inserção do negro na guerra do Paraguai se deu da segunda forma, os homens efetivos do exército precisavam ser reforçados. Em janeiro de 1865, foi criado o Corpo de Voluntários da Pátria, esse movimento patriótico levou muitas pessoas a se alistarem, era preciso lutar contra a invasão paraguaia do Rio Grande Do Sul e de Mato Grosso. O entusiasmo popular enfraqueceu e como resposta, os presidentes das províncias começaram a receber cotas de voluntários que precisavam enviar ao Corpo de “Voluntários” da Pátria. Os cidadãos do império conseguiram fugir da convocação. Os indivíduos com melhores condições aquisitivas doavam escravos. Não se tem números exatos sobre a porcentagem de escravos presentes do exército imperial (AMARAL, ANDRÉ). A entrada do negro na milícia é só mais um fato que comprova como o corpo negro é um material disponível, independente de qual ele posição ocupe ou do período em que vivemos.

Os fatos descritos narram situações em diferentes momentos históricos, mas com aspectos muitos semelhantes que giram em torno, do atual perfil do policial militar, servindo assim, de suporte comparativo. Os perfis da maioria dos policiais militares são negros, ao invés ser o alvo, optam por apontar a arma. O Estado terceiriza o trabalho de apertar o gatilho, se mantém omissa ao lugar de subalternidade ocupado pelos negros, influenciando os mesmos a ingressar na carreira militar como necessidade. Assim, se perpetua o ciclo, a autofagia e o título mais importante: Pátria Exterminadora (GÓES, 2017). Eliezer Santos, Jordânia Freitas e Shagaly Araújo pontuam:

“As rondas policiais, intensificadas nos últimos tempos, e a captura dos negros fugidos aparecem nas narrativas seguintes como verdadeiras caçadas: “caçador de gente, o capitão do mato vive de engenho em engenho, de fazenda em fazenda ofertando seus serviços a senhores que porventura tenham escravos „tirando o cipó”, isto é, sumidos por aqueles pedaços de mundo” (GOULART, 1972, p. 69); e “aconteceu assim: eu descia a favela no bagaço; tinha sido uma noite daquelas. Mais de três horas caçando vagabundo, sem resultado” (SOARES; BATISTA; PIMENTEL, 2005, p. 24)”

O foragido, nas duas épocas, é percebido por um viés animalesco, objeto que deve ser perseguido e apreendido para assegurar a ordem pública.

A organização da sociedade brasileira entende como necessário a criação de novos mecanismos para que a estrutura escravista se mantenha intacta e legitimada. A opressão sempre ganha nova configuração. O sistema racista mantido pelas classes privilegiadas precisa de novas máscaras para o racismo que fazem manutenção das suas estruturas.

2. A POLÍCIA

É possível definir Polícia como uma força dentro de um determinado estado, investida de legitimidade para agir com o uso da força no intuito de manter a ordem social, regulando as liberdades individuais garantindo assim harmonia no estado, como define Lazzarini:

“Polícia é, então, a organização administrativa (vale dizer da polis, da civita, do Estado = sociedade politicamente organizada) que tem por atribuição impor limitações à liberdade (individual ou coletivo) na exata (mais, será abuso) medida necessária à salvaguarda e manutenção da Ordem Pública. (Lazzarini, 2008)”

Historicamente, polícia era o poder exercido dentro estado capaz de coagir fisicamente os indivíduos. Diversas organizações no mundo funcionaram como polícia, entretanto, vamos nos ater a polícia como instituição moderna que surgiu na Inglaterra, em 1829, sendo considerada a primeira polícia moderna do mundo. De caráter preventivo, a polícia metropolitana Inglesa trouxe como diferencial o ato de patrulhar ao invés de agir após a ocorrência do fato (MILLER, 1999, p. 2). Naquele período, não só Inglaterra, mas alguns países do ocidente estavam passando pelas diversas modificações sociais causadas pelo advento da revolução industrial. O grande “boom” populacional, veio acompanhado de uma nova demanda: controle social, tendo em visto os novos arranjos sociais que estava se formando, o êxodo rural e o grande contingente desempregado. Nesse contexto, surge a “nova polícia”, como um aparato do estado na manutenção da ordem.

2.1. O policiamento à moda Brasileira: A exportação de um modelo já exportado

A história da polícia brasileira se inicia com a chegada da família real portuguesa em 1808 ao Rio de Janeiro, formando a Intendência-Geral de polícia da corte; baseada em sua similar “lisboeta” que havia sido inspirada no “modelo francês” de polícia, possuía muitas atribuições que posteriormente passaram a ser redistribuídas a outros órgãos públicos. Desde então, é possível observar que a polícia brasileira, surge de modelos pré-definidos europeus, evidenciando a falta de estudo das problemáticas histórico-sociais brasileiras e da construção da violência no país. Deste modo, a polícia brasileira já anunciava seu futuro desastre. Nesse contexto, surge a polícia Brasileira, de raiz escravocrata, origem que ainda hoje gera reflexos em como essa instituição atua, na violência e na hostilização do negro.

A Intendência-geral de polícia era um corpo que atuava realizando diversos serviços em nome do império, que, posteriormente, em 1809, desenvolveu a Guarda Real de Polícia (GRP), a qual servia de instrumento nas mãos do intendente nas ruas, realizando o controle social do

império. Tal corporação era composta por homens pagos que em sua maioria advinham de linhas de regimento do exército. Não obstante, vale-se também ressaltar que a composição desse recente corpo policial, tinha dentre seus praças, homens que vinham dos mais baixos extratos sociais, já pelo contrário os oficiais eram homens de posses como afirma Graham (1997:49-51):

“A Guarda Nacional reproduzia as divisões sociais na sociedade brasileira, com suas fileiras distinguindo seus componentes por meio de critérios de classe, pois os oficiais – eleitos, como ocorria antes de 1850, ou nomeados – vinham sempre das classes mais abastadas. O nascimento legítimo fornecia apenas um dos vários quesitos para a nomeação (que também implicava um critério de renda mínima) e, de modo geral, os oficiais eram políticos, letrados, donos de terra ou de escravos, sendo que possuir uma patente servia como declaração da posição social. Em contraste, os soldados eram artistas, operários, posseiros ou “homens de cor”

Esta nítida separação do trabalho baseada em questões sócio raciais reverbera até hoje dentro da que se tornou Polícia Militar, quando a posição de praça é ocupada majoritariamente por pessoas negras, como demonstra uma pesquisa realizada pelo ministério da justiça, a qual, aponta que 58,1% dos policiais de praça são negros, enquanto apenas 39,6% são brancos, e quando vemos o número de oficiais, percebemos que 51% dos oficiais são brancos, contra 47% negros. Isso, levando em conta a classificação racial utilizada por Carlos Hasenbalg e Nelson do Valle Silva (1993) que divide a população brasileira em dois grupos, brancos e não brancos, considerando negros tantos pretos quanto pardos. Desse modo, torna-se evidente a divisão racial trabalho realizada desde a formação do corpo policial, como afirma Lélia Gonzalés:

*“O privilégio racial é uma característica marcante na sociedade brasileira, uma vez que o grupo branco é o grande beneficiário da exploração, especialmente da população negra. E não estamos nos referindo apenas ao capitalismo branco, mas também aos brancos sem propriedade dos meios de produção que recebem seus dividendos do racismo. Quando se trata de competir para o preenchimento de posições que implicam em recompensas materiais ou simbólicas, mesmo que os negros possuam a mesma capacitação, os resultados são sempre favoráveis aos competidores brancos. E isto ocorre em todos os níveis dos diferentes segmentos sociais. O que existe no Brasil, efetivamente, é uma **divisão racial do trabalho**.” (Lélia Gonzalez, 1979, p-2)*

Quanto aos crimes que eram julgados naquele período como constata Holloway citando o trabalho de Leila Algranti, a maior parte dos casos estavam ligados a escravos. (41,2% eram ofensas a ordem pública, tais como capoeira, desordens, suspeito, vadiagem, etc.; 18,8% correspondiam à fuga de escravos; 23% contra a propriedade e 12% contra a pessoa), sendo que, do total, 80% eram escravos e 15% ex-escravos (HOLLOWAY, 1997, p. 51-52 e 266-267). Nessa perspectiva, havia uma preocupação do governo em controlar a massa de escravizados, seja à liberdade ou qualquer outro tipo de manifestação vindo de negros. Assim, é possível observar desde os primórdios do policiamento brasileiro uma focalização da atuação policial na população negra.

Estes paralelismos históricos entre o que foi a GRP e a atual polícia Militar, nos deixa brecha para afirmar que a construção dessa polícia militar guarda uma intensa herança escravista ratificada pelo racismo estrutural, a qual reverbera diretamente nos papéis dos principais atores do sistema justiça criminal hodierno. Outrossim, faz-se necessário entender quem são estes atuais praças da PM, quem são os principais alvos da letalidade policial e de que forma este sistema autofágico se instrumentaliza do corpo negro em um projeto Genocida.

2.2. O policial negro

Quando se trata do policial negro, a historiografia vai relatar sua inclusão no corpo militar gradativamente. As primeiras discussões acerca da presença do negro operando para o estado na “manutenção da ordem” surgem quando se compara o atual policial militar à figura histórica do capitão do mato; porém, vale-se ressaltar que o cargo de capitão do mato era pertencente aos mais baixos extratos sociais, a sua condição o colocava em posição de superioridade em relação ao escravizados e inferior ao senhorio. Uma espécie de tentativa à ascensão social, que não necessariamente dava certo, tendo em vista que cargo era extremamente estigmatizado e por estar à base hierárquica do sistema de controle de sua época. Não obstante, a demasiada participação do negro nesse processo de controlar a massa negra, não retirava em nada o estigma encarnado na cor do indivíduo, como afirma Nascimento:

“Mesmo sendo considerado livre, o negro que já fora escravo não tinha sua integração à sociedade assegurada. Este negro não circulava tranquilamente entre os brancos, nem entre os negros escravos, restando-lhes a vida marginalizada, ou seja, não possuía seus espaços de fato como Homem Livre na sociedade. Diante disso alguns se entregavam a função de perseguir e ir contra os negros que apresentassem tipos específicos de resistência ao sistema vigente. Faziam isso como forma de ofício, como maneira de ganhar sua ascensão social, como forma de transitar próximo dos senhores, numa falsa impressão de participar da elite (NASCIMENTO, 2006).”

Neste sentido, o cargo de policial militar surge como um paralelo da figura do capitão do mato. Atualmente, o policial militar também ocupa a base do sistema de segurança pública, sendo as praças dessa instituição os que atuam diretamente nas ruas, viabilizando o controle social e lidando diariamente com o perigo, sendo esses os que mais morrem como demonstra o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, registrando em 2017, 367 policiais mortos em todo o Brasil. Este cargo, mesmo com altos índices de mortalidade, tem atraído diversos jovens, como uma alternativa de ascensão social, tendo em vista a facilidade que o concurso apresenta, visto que a maioria dos estados institui como requisito apenas o diploma do ensino médio. Assim, essa facilidade de acesso, junto à estabilidade financeira que o concurso tem a oferecer, o status fornecido pela farda, conquista uma multidão de jovens, sobretudo negros, que atualmente compõe a maioria da praça policial, cerca de 58% (SEBASP, 2009). Todavia, considerando o status quo da polícia militar, é evidente o estigma recaído sobre aqueles que carregam a farda. A dicotomia entre herói e algoz é uma realidade dos policiais militares, com péssimas condições de trabalho e ausência de valorização de seu serviço a instituição tem seguido sucateada e aos poucos um afastamento da sociedade civil, gerando uma dicotomia, entre o herói e o algoz.

Essas diversas semelhanças entre a figura do capitão do mato e o policial militar ratificam essa instrumentalização pelo estado de corpos vulnerabilizados na execução do tido como trabalho sujo. Neste sentido, a polícia militar, hoje, apresenta altos índices de letalidade (que serão melhor abordada no próximo tópico) e também altos índices de vitimização, sobretudo dos policiais negros; segundo o anuário de segurança pública, no ano de 2016, 56% dos policiais mortos eram negros. Deste modo, torna-se evidente a forma com a qual estes corpos estão muito mais expostos a morte, seja para matar ou para morrer.

2.3. A carne mais barata no mercado: O corpo negro marcado para morrer

Quando se trata da letalidade policial, a discussão torna-se ainda mais crítica, são mais de 5.144 mortos por intervenções policiais no ano de 2017, como se 14 pessoas morressem por dia nesses conflitos. (ABSP, 2018). Dessarte, é indubitável o fato de que nossa polícia é violenta, e que opera numa perspectiva muito mais parecida com a de guerra, ratificando a dicotomia herói/algoz.

Na análise de quem são essas vítimas, temos que 76,2% das 4.222 vítimas de intervenções policiais no ano de 2016 eram jovens negros (ABSP, 2017), mostrando assim, que nossa polícia não é apenas violenta, como também, possui um filtro racial em sua abordagem. Nesse sentido, determinados corpos se encontram marcados para morrer. Zaffaroni, em seu livro, *O inimigo no Direito penal*, desenvolve a tese de que existem indivíduos a serem combatidos a todo custo dentro de um determinado estado, despindo-os de qualquer proteção de direitos e

garantias. Ao discutir a figura do inimigo historicamente, ele apresenta o *hostis judicatus*, que na Roma antiga, seria, o inimigo declarado, não necessariamente por que se declaravam como, mas, como o poder os declararam, tidos como inimigos políticos; ele prossegue afirmando: O *hostis*, inimigo, ou estranho nunca desapareceu da realidade operativa do poder punitivo nem da teoria jurídico penal (que poucas vezes o reconheceu abertamente, o encobriu com os mais diversos nomes). (ZAFFARONI, 1940).

A política de negar a essência do negro, iniciada no período colonial, também faz parte do processo de hegemonização de um grupo para torná-lo perigoso. Esta leitura da população negra como inimiga no direito penal brasileiro reiterada à lógica do racismo estrutural, ratifica o projeto genocida do estado, que no Brasil, assume uma lógica de combate às drogas.

Nessa perspectiva, dentro do estado brasileiro, o negro estaria em condição de Inimigo, sendo ele não um inimigo declarado, mas que faticamente tem sido combatido. Os altos índices de mortalidade da população negra mascaram uma política genocida. A população negra ainda hoje, mesmo após 130 anos da abolição da escravidão, se encontra em condições de subalternidade, seja na vida pública ou privada, constitui mais de 55% da população e é lida socialmente como minoria, presente no topo dos índices de letalidade policial, no topo da vitimização policial e diariamente encarcerada, se constituindo dessa a forma, a carne mais barata do mercado.

3. AUTOFAGIA

O conceito de autofagia deriva do grego “auto” e “fagia”, significando respectivamente “si mesmo” e “comer”, sendo assim, a autofagia seria a alimentação de si mesmo. Em 2016, o pesquisador japonês Yoshinori Ohsumi⁷¹ ganhou o Prêmio Nobel de Fisiologia ou Medicina por desvendar a necessidade da autofagia para a manutenção do organismo. Yoshinori, em seu laboratório, chegou a conclusão de que as células faziam uma limpeza no organismo a partir de uma auto-eliminação daquelas não mais vistas como úteis. Por fim, Yoshinori chegou a conclusão de que a autofagia controla funções fisiológicas importantes no organismo humano, sendo crucial para a manutenção do mesmo.

3.1. O “organismo” social

No Brasil, a população negra vivencia um processo de auto-eliminação, tendo em vista que, como dito no capítulo anterior, o jovem negro é levado à praça policial se transformando em instrumento estatal e arma humana no projeto genocida (GOES, 2017). Como na pesquisa de Yoshinori, tal autofagia negra se fará necessária para a manutenção do *status quo* brasileiro e para a sobrevivência do sistema necropolítico (MBEMBE, 2018). Esta “limpeza” do

⁷¹ Professor da Universidade de Tóquio.

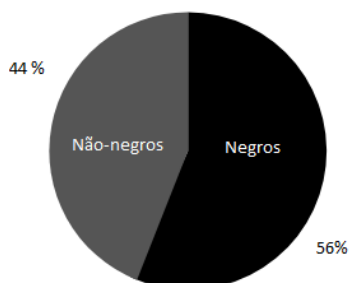
organismo àqueles não mais úteis pode ser analisada através de dados de letalidade policial, vitimização policial e população encarcerada, sendo todas estas maiorias negras.

3.2. Da teoria ao fato

Neste momento, iremos analisar três importantes documentos para a construção dos perfis e reiterar a tese supracitada. O primeiro será o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2017, publicado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, que visa compreender a vitimização policial, o segundo será o Atlas da Violência de 2018, publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, procurando entender a letalidade policial, e por fim, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2016, publicado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública e pelo Departamento Penitenciário Nacional com o objetivo de observar o perfil da população encarcerada no Brasil.

3.2.1 Vitimização policial

Analisando o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, podemos observar que 453 policiais civis e militares foram mortos em 2016, destes, 98,2% são homens, 32,7% possuem entre 40 e 49 anos e 56% são negros. Vale ainda observar que através deste mesmo documento nos é apresentada a informação de que 21.892 pessoas perderam suas vidas em ações policiais entre 2009 e 2016, e que estas são majoritariamente homens e negros. Com estes dados, podemos constatar que os policiais negros adentrados na instituição policial ainda jovens, morrem em meio a sua própria atuação profissional.

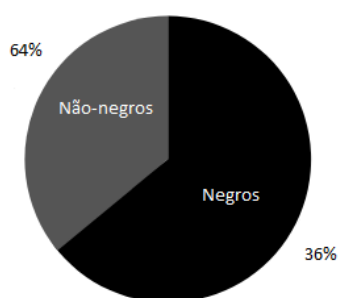


Fonte: Anuário Brasileiro de Segurança Pública

3.2.2 Letalidade Policial

Já no Atlas da Violência, temos uma incongruência de informações. Enquanto o Fórum Brasileiro de Segurança Pública aponta 4222 mortes em 2016, decorrentes de violência policial, o Sistema de Informações Sobre Mortalidade (SIM) aponta unicamente 1374 mortes. Tal discrepância dificulta a percepção do perfil dos mortos oriundos de intervenção legal da

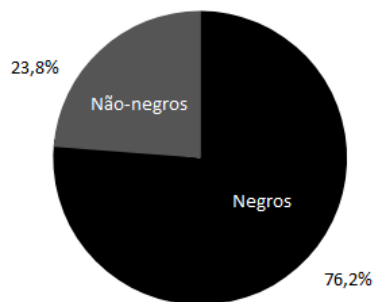
polícia. Todavia, não inibe as possíveis conclusões consequentes: dentre os 5896 boletins de ocorrência analisados, naqueles em que havia óbito, pode se identificar que 76,2% das vítimas eram negras, entre os anos de 2015 e 2016. Complementando esta informação, podemos analisar a partir do artigo “O tempo do processo de homicídio doloso em cinco capitais”, publicado em 2014, que tanto os autores quanto as vítimas de homicídios dolosos analisados pelos autores nas capitais: Belém, Belo Horizonte, Goiânia, Porto Alegre e Recife, são majoritariamente, homens negros entre 18 e 25 anos.



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

3.2.3 População encarcerada

Observando o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2016, temos que no Brasil o total de presos chega aos 726.712 mil, todavia a informação quanto a raça só estivera disponível para 493.145 pessoas, ou seja, 72% da população carcerária brasileira. Dessa maneira, há um déficit nos dados, mas este não nos impede de observar que 64% destes eram negros. Ainda por meio desta pesquisa podemos fazer um paralelo levando em conta que, no Brasil em 2015, 53% dos jovens maiores de 18 anos eram negros, o que acaba por se revelar uma forma de retirada destes jovens do meio social.



Fonte: Boletins de ocorrência analisados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública

3.3 Do encarceramento à morte

Com os dados acima, é possível analisar a perspectiva autofágica do movimento de mortes e encarceramentos que circunda a vida dos negros de modo perpétuo. Tal noção histórica pode ser exemplificada na fala da Diretora-executiva do “Center for Media Justice”, Malkia Cyril⁷², quando diz:

“Homens negros, e pessoas negras em geral, são representadas excessivamente nos noticiários como criminosos (...). Então você educou um povo, deliberadamente, por anos, por décadas, para crer que homens negros, em especial, pessoas negras, em geral, são criminosas. Quero ser clara. Não estou falando só de pessoas brancas. Pessoas negras também acreditam e morrem de medo de si mesmas.”

Sendo assim, o paralelo entre o policial e o jovem negro morto ou encarcerado se torna claro quando este jovem representa anos da vida daquele, agora fardado. A cor e os traços negros irão marcar tanto dentro como fora da corporação se aquele homem viverá ou não de forma genocida. A refinação autofágica, sistêmica e política fará da carne negra a mais barata do mercado para sua efetivação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do artigo, buscou-se analisar as várias posições em que o corpo negro pode se encontrar em meio ao social. A intersecção entre esses corpos trás a tona o refinamento

⁷² Depoimento ao documentário 13º Emenda de Ava Duvernay

do sistema autofágico supracitado, onde corpos negros se mutilam em uma guerra sem fim. Acima da corporação, que assassina corpos de mesma cor, podemos observar a atuação de um Racismo que transcende o interpessoal, que atua como mãos na grande marionete. O fato é que buscar soluções que não perpassam todo este arsenal acaba por frustrar o Direito quando as ações estatais que matam e encarceram jovens negros não se findam no movimento de um único policial. A instituição policial ainda, como fora analisada no segundo capítulo, é reciclagem de outra e outra, ou seja, transplantada em um novo sistema e já de origem falha.

Finalmente, a observância dos fatores que integram toda a sistemática deste artigo tem o fim de chocar com o olhar global do projeto genocida brasileiro e seu maquinário, unindo na história e nas diferentes posições corpos negros marcados para morrer.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, SILVIO. O QUE É RACISMO ESTRUTURAL?. BELO HORIZONTE (MG): LETRAMENTO, 2018.

PÁGINAS: 19 E 25

GÓES, LUCIANO. PÁTRIA EXTERMINADORA: O PROJETO GENOCIDA BRASILEIRO. REVISTA TRANSGRESSÕES: CIÊNCIAS CRIMINAIS EM DEBATE, v.5, n. 2, MAI. 2017.

FLAUZINA, ANA LUIZA PINHEIRO. CORPO NEGRO CAÍDO NO CHÃO: O SISTEMA PENAL E O PROJETO GENOCIDA DO ESTADO BRASILEIRO. DISSERTAÇÃO (MESTRADO EM DIREITO), UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA, DF, 2006. DISPONÍVEL EM:

[HTTP://REPOSITÓRIO.UNB.BR/BITSTREAM/10482/5117/1/2006_ANALUIZAPINHEIROFLAUZINA.PDF](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5117/1/2006_ANALUIZAPINHEIROFLAUZINA.PDF)

ACESSO EM: 20 OUT. 2018.

RIBEIRO, DJAMILA. O QUE É LUGAR DE FALA?. BELO HORIZONTE (MG): LETRAMENTO, JUSTIFICANDO, 2017. PÁGINA: 87

PIRES, THULA. CRIMINALIZAÇÃO DO RACISMO: POLÍTICA DE RECONHECIMENTO OU MEIO DE LEGITIMAÇÃO DO CONTROLE SOCIAL DOS NÃO RECONHECIDOS? TESE DE DOUTORADO. RIO DE JANEIRO: PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA, 2013. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.DBD.PUCRIO.BR/PERGAMUM/TESESABERTAS/0821498_2013_CAP_5.PDF](http://www.dbd.pucRio.br/pergamum/tesesabertas/0821498_2013_CAP_5.PDF).

ACESSO EM: 5 ABR. 2018. CAP. 5.

HOLLOWAY, THOMAS. POLÍCIA NO RIO DE JANEIRO: REPRESSÃO E RESISTÊNCIA NUMA CIDADE DO SÉCULO XIX. RIO DE JANEIRO: EDITORA DA FGV, 1997.

GRAHAM, R. CLIENTELISMO E POLÍTICA NO BRASIL. RIO DE JANEIRO: ED. UFRJ, 1997. .P 49-51

ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. 1940 - O INIMIGO NO DIREITO PENAL. TRADUÇÃO DE SÉRGIO LAMARÃO. RIO DE JANEIRO: REVAN, 2007 .

NASCIMENTO, HAROLDO. CAPITÃES-DO-MATO AINDA NOS RODEIAM, 2006. DISPONÍVEL EM:
[HTTP://WWW.AFROPRESS.COM/POST.ASP?ID=12855](http://www.afropress.com/post.asp?id=12855).
ACESSO EM 3 DE NOVEMBRO DE 2018.

AMARAL, ANDRÉ. A PARTICIPAÇÃO DOS NEGROS ESCRAVOS NA GUERRA DO PARAGUAI,
1995. DISPONÍVEL EM:
[HTTP://WWW.SCIELO.BR/SCIELO.PHP?SCRIPT=SCI_ARTTEXT&PID=S0103-40141995000200015](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141995000200015)
ACESSO EM: 31 OUT. 2018.

SANTOS, ELIEZER; FREITAS, JORDÂNIA; ARAÚJO, SHAGALY. TODO CAMBURÃO TEM UM
POUCO DE NAVIO NEGREIRO POSSÍVEIS ANALOGIAS ENTRE O CAPITÃO DO MATO E O POLICIAL.
SALVADOR (BA): VI ENECULT, 2010.
DISPONÍVEL EM:[HTTP://WWW.CULT.UFBA.BR/WORDPRESS/24834.PDF](http://www.cult.ufba.br/wordpress/24834.pdf)
ACESSO EM: 7 DE NOVEMBRO DE 2018.

LAZZARINI, ÁLVARO. ESTUDOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO. SÃO PAULO: EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2008.

GONZALEZ, LÉLIA. A JUVENTUDE NEGRA BRASILEIRA E A QUESTÃO DO DESEMPREGO. TEXTO
APRESENTADO NA SEGUNDA CONFERÊNCIA ANUAL DO AFRICAN HERITAGE STUDIES
ASSOCIATION – ABRIL 26-29. 1979.

POSITIVIDADE EM ADOLESCENTES: INTERVENÇÕES SÓCIO-EDUCATIVAS DENTRO DE QUESTÕES DE INTOLERÂNCIA A DST/AIDS

Driele Caterine Lima Novaes (Direito/UNINASSAU)73

Erika Leite dos Santos (Direito/UNINASSAU)74

Resumo: O presente artigo se propõe a analisar o tratamento que é dado ao tema da soropositividade entre adolescentes dentro do ambiente escolar, para tal focou-se na questão da intolerância ao começo de um debate dentro dos muros escolares, pois se não existe uma abertura para o diálogo, nunca que um adolescente soropositivo teria segurança para se revelar enquanto tal, e exige o respeito e o cuidado que merece. Para desenvolver a seguinte pesquisa, dedicou-se a observar os instrumentos educativos ofertados a rede pública de ensino que permitiam a nivelção e a abertura ao diálogo dos temas transversais dentro do ambiente escolar, utilizando como base de partida as situações cotidianas apresentadas na Série Positivos. A lógica seguida foi contrapor as situações apresentadas na série com a maneira como os Kits de temas transversais apresentam o tema. A pesquisa bibliográfica teve como referencial os ideais de Guacira Louro e Rogério Junqueira para trabalhar a questão do preconceito e da violência no espaço escolar combinado a Flávia Piovesan para análise dos direitos humanos, que possibilitaram compreender como o preconceito nasce e dá lugar a intolerância dentro do mundo infante-juvenil. O atual trabalho dedicou-se a abrir espaços para pensar em outras formas de lidar com o “diferente” dentro do espaço escolar como forma de consolidar uma cultura que combata a discriminação, o preconceito e a intolerância, percebendo que existe sim uma abertura para o contato com o novo, mas esta ainda paira a intolerância no que tange aos direitos fundamentais e humanos violados quando o outro sai do exemplo e toma materialidade.

Palavras-chaves: Preconceito. Soropositividade. Intolerância.

Abstract: The present article proposes to analyze the treatment that is given to the subject of seropositivity among adolescents within the school environment, for this he focused on the issue of intolerance at the beginning of a debate within school walls, because if there is no opening for dialogue, never a positive HIV-positive teenager would have the confidence to reveal himself as such, and demanded the respect and care he deserved. In order to develop the following research, it was dedicated to observing the educational tools offered to the public

73 Graduada, UNINASSAU, drikanovaes26@gmail.com

74 Graduada, UNINASSAU, erikamilk@gmail.com

school system that allowed the leveling and the opening to the dialogue of cross-cutting themes within the school environment, using as a starting point the daily situations presented in the Positive Series. The logic followed was to counteract the situations presented in the series with the way in which the cross-section Kits present the theme. The bibliographical research had as reference the ideals of Guacira Louro and Rogério Junqueira to work the issue of prejudice and violence in the school space combined with Flávia Piovesan for analysis of human rights, which made it possible to understand how prejudice is born and gives rise to intolerance within the world of children and youth. The present work has been dedicated to opening spaces for thinking about other ways of dealing with the "different" within the school space as a way to consolidate a culture that fights discrimination, prejudice and intolerance, realizing that there is indeed an opening for contact with the new, but this still hampers the intolerance with respect to fundamental rights and violated human when the other leaves the example and takes materiality.

Keywords: Preconception. Seropositivity. Intolerance.

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais existe uma grande diversidade de enfoques no que se refere a situações de DST/Aids, pois pouco a pouco o que era visto como comportamento de risco deixa de ser o foco primordial dos programas educativos governamentais, pois estes passam a dedicar-se a situações de prevenção a gravidez na adolescência e às doenças sexualmente transmissíveis.

As DSTs aparecem nas escolas, ou como incentivo pessoal de algum professor que tenha um projeto para pôr em prática ou através de projetos governamentais que envolvem ora o Instituto Kaplan, ora o Programa Saúde e prevenção nas escolas, ambos levando uma visão heteronormativa da sexualidade invisibilizando relações afetivos e sexuais entre pessoas do mesmo sexo.

Paralelo a este espaço educativo restrito ao ambiente escolar nota-se a educação de um (a) adolescente não se resume apenas a espaços escolares, ou seja, tudo o que o (a) adolescente é e pensa faz parte de um gama de conhecimentos sociais que adentram a vida pessoal e social dos (as) jovens por intermédio de trocas de experiências sociais, neste âmbito um dos principais veículos de aprendizagem social é a mídia, pois boa parte das crianças e adolescentes são expostos aos veículos midiáticos desde pequenos e acabam por tornar a mídia complementação de suas vidas pessoais e sociais.

Pensando na mídia, a presente pesquisa fará uso de uma série que era exibida virtualmente e que tratava de situações cotidianas e corriqueiras de jovens portadores de HIV. A série

Positivos mostra de maneira clara e reflexiva problemas enfrentados por homossexuais e heterossexuais soropositivos.

1. POSITIVIDADE EM ADOLESCENTES

Desde o começo dos anos 60 o foco das DSTs era tido dentro de um quadro social como uma doença que requeria um julgamento moral, com a sífilis aparece pouco a pouco às doenças modernas onde julgamento social começa a cair mais sobre o indivíduo, suas decisões e o não cuidado, do que sobre a sociedade; nesta lógica as pessoas punidas pelo mal social era os que levavam uma vida boêmia. Com o surto da AIDS nos anos 80, a lógica dos punidos eram os que mantinham relações com pessoas do mesmo sexo, ficando conhecida nacionalmente como câncer gay.

Com o tempo a discriminação centralizada em homossexuais foi deixada de lado e a AIDS começa a se tornar uma preocupação social, pois não eram só homossexuais que eram portadores, ou seja, a ideia de punição pelo comportamento desviante é deixada de lado e a AIDS aparece como um desafio à saúde brasileira, visto que o estigma que rodeava a doença, em seu começo fazia com que a mesma fosse compreendida como algo que apareceu para punir os pecadores e as “sem-vergonhices” das práticas homossexuais.

A mudança na noção de vulnerabilidade é dada no fato de que existem vários comportamentos de riscos que promovem a transmissão do vírus, ou seja, este não está só restrito a relações homossexuais, mas também a práticas sexuais desprotegidas, transfusão sanguínea e compartilhamento de objetos injetáveis. Nesta lógica, a vulnerabilidade aparece ora como algo social ora como algo individual, entendendo como social algo que está presente dentro dos valores de uma cultura e que a forma organizacional desta cultura promove o pensamento de que o vírus é um problema pessoal e que se os portadores estavam com práticas não muito aceitas, eles é que deviam se responsabilizar por suas atitudes; já na noção de vulnerabilidade individual nota-se que as características dos sujeitos acabam por favorecer ou dificultar a exposição ao vírus.

O que tem se visto é que mesmo com a descentralização da vulnerabilidade associada aos homossexuais, estes ainda aparecem em foco devido a ideia de que as múltiplas identidades que compõe os mais variados tipos de desejos e estilos homossexuais implicam diretamente num grau maior ou menor de informações acerca do HIV.

Assim, o tratamento que ainda hoje é dado aos homossexuais, surge também associados aos soropositivos, pois estes têm que conviver diariamente com situações que implicam em silêncio, segredo e solidão que frequentemente andam lado a lado como várias situações de rejeição e repressão. Observa-se que como a AIDS não tem uma cura, a doença fala através do corpo e das sensações do enfermo, o que de certa forma acaba por se tornar uma

representação de algo que se passa no interior e que foi introjetado pelo convívio social, por isto que os soropositivos levam tanto tempo para se aceitarem como tal.

Partindo desta lógica é que se procurou entender e relacionar alguns instrumentos educativos que tratam de maneira lúdica ou não o tema das DSTs, mas principalmente da AIDS, para tal entende-se que tal assunto ainda hoje é considerado um tabu dentro da sociedade e trabalhar a sexualidade dentro das escolas ainda hoje é complexo, pois muitos pais não conversam em casa e esperam também que na escola este assunto também não seja mencionado, pois temem que tocar no assunto seja sinônimo do despertar sexual da criança e/ou do adolescente, mesmo assim esta sexualidade que ultrapassa o âmbito familiar pela vergonha de se ter uma conversa aberta, chega à escola com toda curiosidade a fim de obter respostas, embora a escola também apareça como um espaço de “repressão”, visto que ao mesmo tempo que trata as DSTs de maneira medicalizante, reprime toda expressão de relações afetivas sexuais, principalmente as homoeróticas.

No âmbito da sexualidade quase nada está posto de maneira natural, boa parte das coisas que hoje se vê reproduzido acerca da sexualidade e das DSTs teve sua representação aprendida no passado, ou seja, a experiência sexual encontra-se inscrita dentro da socialização que de forma bastante peculiar cria e recria certa esfera para o aprendizado acerca da sexualidade e das relações de gênero (HEILBORN, 2006).

Nesta lógica de aprendizagem da sexualidade, a escola e a mídia aparecem como principais motores de regulação de expressões afetivo-sexual, visto que, após a família, elas tornam-se responsáveis pela formação social e intelectual dos inúmeros indivíduos que desfrutam de seus aprendizados. A escola, portanto, aparece como dispositivo de uma sexualidade padronizada em valores patriarcais, machistas e heteronormativos que por vezes regula as experiências vivenciadas entre os estudantes por inúmeros meios de repressão (FOUCAULT, 1998). Não só a escola, mas também a mídia aparece como veículo educativo, positivo ou negativo, e dependendo do uso que se faça dela ela pode interferir no desenvolvimento do ser social de cada indivíduo.

Seguindo todas estas noções, a escola, que por vezes assume um papel de dispositivo da sexualidade, regulando prazeres e práticas, é formada por vários segmentos que obedecem a uma rígida hierarquia para conseguir um pouquinho de liberdade. O principal motor das escolas são os gestores e professores e é nesta noção que mesmo obtendo liberdade de aula e de expressão, os professores adentram numa lógica curricular que promove uma regulação do corpo a partir de pedagogias da sexualidade (LOURO, 1999), ou seja, mesmo que não exista um currículo oculto no qual os professores devem se basear para reprimir ou ensinar acerca da sexualidade existem valores sociais que são postos em prática e legitimados dentro do sistema escolar.

O principal motor de ensinamentos de valores e reprodução da cultura está centrado na figura do (a) professor (a), e para tal, este (a) professor (a) por mais que se sinta motivado a trabalhar com questões que privilegiem os PCNs no que refere a orientação sexual, não só com os PCNs como também com o Kit de Saúde e prevenção nas escolas, de alguma maneira ele também é influenciado por esta sociedade em que ele está inserido, pois o mesmo foi ensinado por estes valores sociais e para romper com eles, precisa para além da vontade, precisa também de iniciativa.

Enfocando no tema da sexualidade, a mídia aparece como principal veículo de disseminação de novidades e reforço de preconceitos, uma vez que, na análise da circulação dos produtos midiáticos, mostra-se que o discurso utilizado sempre enfoca o desenvolvimento de uma recepção baseada nos produtos culturais que são produzidos dentro de um mundo globalizado, pois todos os produtos midiáticos são produzidos por meio de uma atitude discursiva que baseado em pesquisas de ibopes e pressões sociais produzem efeitos dentro de um circuito educativo. (HALL, 2003: 388)

A partir daí Hall acredita que se necessita ter uma noção crítica da percepção seletiva, uma vez que para entender o porque da veiculação de um filme, série, ou até mesmo um produto, tem que se compreender que o que faz tudo ser transmitido é a necessidade que a audiência tem em ouvir aquilo que é mostrado, e o que ela faz com o que foi visto e/ou ouvido. Por isso, o foco foi o tipo de discurso que a Série Positivos tem dado ao tema HIV, e como este produto é veiculado na mídia, visto que, na maioria das vezes os adolescentes que assistem a série assumem ou uma “posição hegemônica-dominante” ou uma “posição negociada” em relação à decodificação do produto mostrado.

A ideia principal da série bem como dos materiais didáticos é gerar a empatia dos que consomem ou estudam, pois existe uma necessidade de sensibilização com a causa para poder ter pessoas com pensamentos abertos para se prevenir e para saber como lidar com um resultado positivo a alguma das DSTs. Ou seja, “o consumismo global cria possibilidades de “identidades partilhadas” entre as pessoas que estão bastante distantes uma das outras no espaço e no tempo” (HALL, 2006: 74). Nesta lógica a individualização e o compartilhamento acaba gerando a sensibilização de pessoas com uma causa em comum, adolescentes acabam gostando da série, indicam e até mesmo pensando projetos como “Adote um positivo” para levar em suas respectivas escolas e comunidades, pois “a globalização pluraliza as identidades, produzindo uma variedade possibilidades e novas posições de identificação” (HALL, 2006:87).

Para obter requisitos para uma comparação é que se utilizou dados presentes primeiramente na cartilha de Prevenção das DST, HIV e Aids (Programa Adolescente e jovens para a educação entre pares – Saúde e prevenção nas escolas) e logo após foi utilizado recursos áudios-visuais da Série Positivos.

2. POSITIVIDADE – O QUE EXISTE PARA ALÉM E UM HIV POSITIVO?

A série Positivos mostra a rotina de pessoas homoafetivas e heterossexuais portadoras de HIV, bem como não portadores que de alguma forma convivem com o vírus. A série tenta exibir de uma forma natural e esclarecedora como é o dia a dia das pessoas que são soropositivas.

Concebida por Daniel Sena, a série explora alguns estereótipos mais comuns da vida gay neste mesmo âmbito aparece também alguns casos heteros para desconstruir preconceitos com os soropositivos. Recheada dos mais diversos casos, Positivos mostra que não só homens são propensos a adquirir o vírus, mas as mulheres também podem adquirir e transmitir o HIV. Neste mesmo sentido a série dá uma força de ânimo aos mais diversos públicos, quando mostra as dificuldades e os conflitos individuais ao saber que é soropositivo e a receptividade dos pais ao saberem de seus filhos.

No decorrer dos casos relatados pelas duas temporadas a soropositividade perpassa desde jovens heteros, casados ou não a uma menina que adquiriu o vírus por ser vítima de um abuso sexual, nestas cenas, as histórias que mais marcam atenção é tanto a de um rapaz que adquiriu o vírus por transfusão sanguínea quanto a de um travesti que tenta lidar com o fato de não poder mais tomar hormônios.

Surpreendendo as expectativas, a segunda temporada aparece com os mais diversos casos recheados de depoimentos, um que mais impressionou os telespectadores foi o da travesti que relata seu sofrimento nas seguintes palavras: “O que fazer? Para quem gritar? Para quem pedi ajuda? Estas são algumas perguntas que me faço todos os dias quando eu me olho no espelho e vejo que as pessoas não enxergam o meu reflexo. Como sair desta vida medíocre, se a tal sociedade não acredita que eu existo? E eu não to exagerando não. Porque eu já fui chamada de aberração, já me chutaram como lixo, já me humilharam que nem lixo. E as pessoas só lembram de você quando chega carnaval, quando passa em alguma esquina, mas é sempre para rir de você, nunca é para te dar a mão; mas quer vê piorar a situação ainda? É travesti com a maldita, com o HIV, com a Aids, aí pronto é só contar o tempo para ela morrer. Eu já to contando o meu. Eu não encontrei um médico ainda que fosse capaz de me diagnosticar com dignidade, fosse capaz de sensibilizar com o que eu sinto, diagnosticar qualquer um faz, isto que eu quero vê mesmo é se preocupar com o bem-estar. Enfim, eu gravo este vídeo em nome das amigas e para as inimigas também, porque é doloroso viver num corpo que não é seu, eu, por exemplo, a minha mente diz que o meu corpo é de mulher e para baratear meus custos eu crio esta carcaça aqui que vocês veem. Brasil, ninguém em sã consciência quer sofrer quer se transformar para viver no preconceito, para apanhar, portanto, definitivamente viver assim não é uma escolha.”

A principal ideia e noção transmitida pela série é a conscientização do quanto se torna importante dar apoio aos adolescentes soropositivos, aconselhando, amando e apoiando em tudo o que eles precisarem, deixando claro a importância do tratamento e mostrando que o fato de serem soropositivos nada muda na sua vida, só terão que se cuidar mais, e para isto é que se torna importante a empatia de adolescentes HIV negativos para com adolescente soropositivos uma vez que, sempre é complexo e difícil se vê dentro de um sistema social que discrimina o diferente tratando com o estranho a ser curado, e quando não a cura, o estranho a ser temido e ignorado.

Adolescentes precisam ter acesso a filmes, série e/ou vídeos que mostrem que um outro mundo para além do conservadorismo social é possível; precisam entender que existem pessoas diferentes, com necessidades diferentes que precisam sim ter seus direitos defendidos livres de qualquer tipo de preconceito e discriminação. Nesta lógica a série Positivos, abarca a importância do acolhimento não importando o tipo de relacionamento, ou seja, precisa-se existir adolescentes sensibilizados com a causa da prevenção das DSTs, mas principalmente de dar apoio aos que já são portadores de algum tipo de DST.

3. PREVENÇÃO DAS DST, HIV E AIDS

Partindo da análise do conteúdo das cartilhas enviadas pela secretaria de educação para todos os estados brasileiros, e percebendo que no estado de Alagoas, bem como em outros estados, existem intervenções feitas pelo instituto Kaplan, é que deteve uma análise de como os instrumentos educativos, no caso a cartilha de Saúde e Prevenção nas escolas da série Adolescentes e jovens para a educação entre pares e o Projeto Quebra Tabus trabalham com as questões de DSTs e Aids, bem como eles integram os alunos LGBTs nesta dinâmica silenciosa e excludente de seleção de conteúdos.

Na cartilha Prevenção das DST, HIV e Aids, é percebido que existe um enfoque maior dado a prevenção no contexto da sexualidade e saúde reprodutiva, preparando o terreno para se trabalhar as DSTs, mas, principalmente a Aids, mostrando os impactos desta na vida pessoal e profissional dos (as) adolescentes, conscientizando que viver com o HIV não pode e não deve ser motivo para ninguém tirar o direito de outra pessoa.

As questões tratadas em formas de oficinas situam-se entre as dúvidas e receios sobre as relações sexuais, desenvolvimento do corpo na puberdade, Menstruação e ejaculação, mitos e os cuidados de higiene, informando sobre as principais DSTs, conscientizando em como se prevenir usando o preservativo, debatendo a diversidade sexual e os impactos da gravidez nos projetos de vida.

Os projetos educativos utilizados no dia a dia das escolas refletem a quebra dos estigmas e da discriminação como a principal forma de destruir as barreiras existentes em torno de um tabu sexual deparando-se em primeiro lugar com a quebra das discriminações que envolvem

os LGBTs, para a partir do respeito e da solidariedade entender que necessita-se abri as mentes dos jovens para que eles possam compreender melhor as novas formas de prevenção de infecções dando apoio necessário e adequado as pessoas soropositivas mesmo que eles próprios não tenham vivenciado estas situações.

Nesta lógica, os materiais apresentam de maneira lúdica e através de oficinas as formas mais fáceis de lidar com a vulnerabilidade, seja ela individual seja ela institucional, uma vez que trata temas como negociação do uso da camisinha, enfatizando sempre a importância dela na prevenção de doenças sexualmente transmissíveis. A ideia principal de todos os instrumentos educativos é trabalhar e debater o preconceito e a discriminação para logo após promover a solidariedade de adolescentes para com outros adolescentes, ou seja, precisa desconstruir o que de preconceito foi introjetado nos adolescentes por intermédio da socialização, para poder possibilitar a estes adolescentes o entendimento que mesmo eles não sendo soropositivos eles precisam sim, sentir empatia para com o outro. Os kits, de maneira geral transmitem a noção de término de um ciclo de desrespeito e discriminação, embora em certas medidas imponham uma heteronormatividade compulsória ou então tende a levar as pessoas a julgarem os que têm uma vida sexualmente ativa e os casos de gravidez na adolescência, situações que não são definidas nos materiais, mas, que são assim interpretadas por quem põe em prática as oficinas.

A ideia principal torna-se, portanto, transformar o modo de sentir, pensar e agir que por vezes foi influenciado pela cultura na qual o indivíduo encontra-se inserido, e nesta transformação atingir primeiramente o topo da sociedade para que em um novo modo de enxergar os jovens, os adultos acabem por se tornarem parceiros de seus filhos, alunos, conhecidos, na causa do combate a todo tipo de discriminação aos que são portadores de alguma DST, e principalmente quebrar a formação de que as DSTs são frutos de punições pelas pessoas viverem relações homoeróticas ou uma vida boêmia.

Nota-se que conforme Flavia Piovesan, a ideia de tolerar o outro vista enquanto um direito social de cada indivíduos por causa do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, é também considerado um direito humano pois,

A garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais (2014, pág 103).

CONCLUSÃO

Partindo das análises feitas em cima dos episódios da série Positivos, juntamente com a análise dos materiais distribuídos pelo MEC nas secretarias de educação de cada estado é que se propôs uma comparação entre os dados recolhidos, podendo observar que mesmo que a importância geral seja analisar a visibilidade que adolescentes homossexuais dentro da prevenção das DSTs e Aids, existe sim, embora de forma oculta, uma reprodução de valores sociais castrativos e heteronormativos que inibem formações abertas em escolas da rede pública de ensino, uma vez que boa parte das ações desenvolvidas nos mais diversos estados têm em sua essência professores que foram criados e socializados nesta sociedade fundamentalista que foi centro da análise deste trabalho.

Por mais que se tente trabalhar de maneira aberta sobre os mais diversos assuntos que envolvam sexualidade, sempre existe um entrave de que as pessoas responsáveis pela educação social precisam da satisfação a si próprias do quanto abertas foram, e de como os adolescentes encaram os assuntos, pois sempre existe a noção de que falar sobre algo é estimular sua execução, o que sempre fica provado que é melhor os adolescentes conhecerem os riscos e métodos de prevenir determinadas situações por quem entenda do assunto do que por via de terceiros.

Neste sentido, o que pode ser visto é que a educação como um todo, que perpassa família, escola, igreja, sociedade, meios de comunicação, está mais preocupada em dizer o que pode ou não fazer e como que idade fazer do que deixar que uma maior abertura aconteça para que realmente os adolescentes possam lutar pelos seus direitos sexuais e reprodutivos, visto que até hoje pode se notar um tabu discriminatório referente à gravidez na adolescência e ao aluno homossexual.

Considerando que estes assuntos estão cada vez mais comum de se vê no noticiário, na comunidade, nas novelas, e ainda assim existe tanto receio em trabalhá-los, imagine trabalhar como a questão das doenças sexualmente transmissíveis, pois uma coisa é clara, a escola funciona como um mecanismo regulador, regula as relações para serem heterossexuais ao mesmo tempo que formula um silêncio relativo as expressões da sexualidade, ou seja, sempre paira a ideia que adolescente não possuem vida sexual ativa, e se eles não possuem vida sexual ativa para que comentar ou debater sobre DSTs e Aids?! Superando boa parte das amarras sociais, na atualidade o ministério da educação tenta levar as escolas uma educação mais inclusiva, de maneira que traduz em forma de projetos e cartilhas diversas maneiras de incluir as inúmeras diversidades sempre abrindo espaços para temas transversais, ou seja, o MEC aos poucos vem fornecendo uma educação que quebra com o conservadorismo social levando aos adolescentes uma educação abrangente que trabalha temas polêmicos na sociedade de maneira lúdica através de oficinas e dinâmicas.

Ao mesmo tempo existe uma necessidade de a mídia abarcar todas as novidades e ensinar de alguma forma como lidar com situações que não se está acostumado, por isto que se observa um crescimento muito grandes novelas que trabalham como divórcio, com as novas configurações familiares, com o aborto, a aids, e a homossexualidade. A mídia fornece situações prontas que acabam por já ter as respostas que querem vê na sociedade, e a série Positivos vem para quebrar esta ligação direta entre o que o espectador espera que seja transmitido, a série vem mostrar de maneira bastante educativa que as mais diversas pessoas podem ter algo em comum, a soropositividade, e nem por isto precisam ser ignorados da sociedade.

Portanto, a positividade está presente sim em adolescentes LGBTs, mas cabe a quem tem contato com eles traduzir que as interações sócio-educativas necessitam serem abertas ao olhar voltado para uma diversidade, não trabalhando como algo negativo e sim na função de transmitir que qualquer adolescente seja ele heterossexual ou não, está propenso a ser infectado com alguma DST e por isto precisa saber como se prevenir.

REFERÊNCIAS

FOUCAULT, MICHEL. HISTÓRIA DA SEXUALIDADE I: A VONTADE DE SABER. TRADUÇÃO MARIA THEREZA DA COSTA ALBUQUERQUE E J. A. GUILHON ALBUQUERQUE. RIO DE JANEIRO: EDIÇÕES GRAAL, 1998.

HALL, STUART. A IDENTIDADE CULTURAL NA PÓS-MODERNIDADE. RIO DE JANEIRO: DP&A, 2006.

_____. DA DIÁSPORA: IDENTIDADES E MEDIAÇÕES CULTURAIS. BELO HORIZONTE: EDITORA UFMG, 2009.

HEILBORN, MARIA LUIZA (ORG). O APRENDIZADO DA SEXUALIDADE – REPRODUÇÕES E TRAJETÓRIAS SOCIAIS DE JOVENS BRASILEIROS. RIO DE JANEIRO: GARAMOND E FIOCRUZ, 2006.

JUNQUEIRA, ROGÉRIO DINIZ (ORG). DIVERSIDADE SEXUAL NA EDUCAÇÃO: PROBLEMATIZAÇÕES SOBRE A HOMOFOBIA NAS ESCOLAS. BRASÍLIA: UNESCO, 2009.

LOURO, GUACIRA LOPES. GÊNERO, SEXUALIDADE E EDUCAÇÃO: UMA PERSPECTIVA PÓS-ESTRUTURALISTA. PETRÓPOLIS: VOZES, 2001.

_____(ORG). O CORPO EDUCADO: PEDAGOGIAS DA SEXUALIDADE. BELO HORIZONTE: AUTÊNTICA, 1999.

_____. UM CORPO ESTRANHO. ENSAIOS SOBRE A SEXUALIDADE E TEORIA QUEER. BELO HORIZONTE: AUTÊNTICA, 2004.

PIOVESAN, FLÁVIA. PODER JUDICIÁRIO E OS DIREITOS HUMANOS. REVISTA USP, SÃO PAULO, N. 101, P.99-112, MAR. 2014.

SÉRIE POSITIVOS, DISPONÍVEL EM
[HTTPS://WWW.YOUTUBE.COM/WATCH?V=UfLLUETrJX8](https://www.youtube.com/watch?v=UfLLUETrJX8)
&LIST=PLNZ4BKMqkFTRIHNcNKY-ELChSDQNKVvDz. ACESSO EM 24 DE ABRIL DE 2017.

SOCIEDADE DE CONSUMIDORES: A SUBCLASSE VERSUS A DIGNIDADE HUMANA

Julliana Valentim de Souza (Direito /FADIC)⁷⁵

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo tecer uma análise crítica sobre o consumismo tão premente na contemporaneidade e o conseqüente dano colateral da subclasse. É sabido que o consumo é necessário para a sobrevivência, ocorre que com a passagem do consumo para o consumismo, da sociedade de produtores para a de consumidores, algo até então considerado trivial, tornou-se a razão de ser de toda a sociedade. A denominada sociedade de consumidores traz à baila a constatação da transformação das pessoas em mercadorias há uma incessante cobrança para manterem-se vendáveis. É possível verificar que o consumismo influencia a identidade das pessoas, e a publicidade tem a função de seduzir os consumidores, mas nem sempre apresentam a realidade, há um incentivo ao consumo exacerbado como promessa de eliminação de frustrações e a ideia de que o consumo traz felicidade. Os produtos não são mais fabricados para atender às necessidades básicas dos consumidores, são confeccionados de forma abundante e em virtude da renovação acelerada dos produtos excedentes e supérfluos o destino comum é a obsolescência, a função das mercadorias na modernidade líquida é a de significar. Como objetivos específicos serão analisados a definição da subclasse bem como a sua incidência através da inobservância da proteção da dignidade humana em virtude da exclusão pela inexistência da condição de consumo por uma parcela da sociedade. Ao final tem-se que a economia não pode estar dissociada da ética, da solidariedade, do bem-estar e da justiça social sob pena de pôr em risco a própria existência humana. A metodologia utilizada fora a hipotético-dedutiva e pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Consumismo. Exclusão. Subclasse. Dignidade humana.

Abstract: The present paper aims to weave a critical analysis about the consumerism, so pressing in the contemporaneity, and the consequent collateral damage of the subclasse. It is well known that consumption is necessary for survival, but with the transition from consumption to consumerism, from producer to consumer society, something previously considered trivial,

⁷⁵ Especialista em Direito Constitucional Aplicado pelo Complexo de Ensino Damásio de Jesus, Mestranda em Historicidade dos Direitos Fundamentais pela Faculdade Damas ARIC/PE, Professora da UNIFACOL/PE, Advogada. E-mail: julliana.valentim@gmail.com

became the *raison d'être* of society as a whole. The so-called consumer society brings to light the realization of the transformation of people into commodities incessantly charging them to remain salable. It is possible to verify that consumerism influences the identity of people, and advertising has the role of seducing consumers but they do not always present reality, there is an incentive to exacerbate consumption as a promise to eliminate frustrations and the idea that consumption brings happiness. Products are no longer manufactured to meet the basic needs of consumers, they are made abundantly and by virtue of the accelerated renewal of surplus and superfluous products the common destination is obsolescence, the function of commodities in liquid modernity is to mean. As specific objectives, the definition of the subclass as well as its incidence through non-observance of the protection of human dignity will be analyzed by virtue of exclusion due to the non-existence of the condition of consumption by a portion of society. In the end, the economy can not be dissociated from ethics, solidarity, well-being and social justice, otherwise it risks jeopardizing human existence. The methodology used was hypothetico-deductive and bibliographic research.

KEYWORDS: Consumerism. Exclusion. Subclass. Human dignity.

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea perpassa por inúmeras transformações provenientes da efemeridade e flexibilidade das relações humanas e das instituições. A instabilidade da modernidade líquida, assim denominada por Zygmunt Bauman, traz à baila a era da hipervalorização do consumo que acarreta danos como a desigualdade e exclusão social.

Uma outra característica da sociedade de consumidores faz referência à transformação das pessoas em objeto, aqueles hábeis ao consumo devem estar prontos para serem enxergados como mercadorias vendáveis.

São estimulados a consumir não apenas o essencial para a sobrevivência como ocorria na sociedade de produtores, nesta sociedade líquida, verdadeiros integrantes deste seleto grupo devem consumir o excedente, o supérfluo. Neste sentido tem-se a diferenciação entre o consumo e o consumismo.

A influência da publicidade no consumismo é latente, apresentam promessas de satisfação e felicidade garantida, porém nem sempre e quase nunca apresentam a realidade.

O consumismo organiza a sociedade, estratifica, inclui e exclui as pessoas de acordo com o nível de consumo e o presente artigo busca analisar aqueles marginalizados pela sociedade de consumidores, chamados de consumidores falhos ou não consumidores que são relegados a chamada subclasse, uma baixa colateral do consumismo, bem como verificar a (in)observância da proteção da dignidade humana.

1. O CONSUMISMO E A COISIFICAÇÃO DA PESSOA HUMANA NA MODERNIDADE LÍQUIDA

A expressão “modernidade líquida” do filósofo e sociólogo Zygmunt Bauman (1925-2017) tem por condão explicar a volatilidade da sociedade e das relações dela provenientes na contemporaneidade, termo este utilizado pelo autor para identificar a fase da pós-modernidade.

Na passagem da modernidade para a pós-modernidade, o derretimento dos sólidos ou o derretimento da modernidade pesada acarretou uma quebra na interação humana e a individualização passou a ser sobressalente onde tudo é flexível e nada é feito para durar, inclusive há uma desintegração da cidadania nesta modernidade fluida onde cada indivíduo passa a importar-se apenas consigo mesmo sem qualquer preocupação com o bem comum ou a justiça social (BAUMAN, 2001, p. 49 e 50)

A transição destas fases tem embasamento na passagem do capitalismo pesado para o leve bem como da sociedade de produtores para a de consumidores decorrentes da globalização que alterou sobremaneira o modo de estar inserido nesta sociedade contemporânea.

O capitalismo pesado na modernidade traduz-se como a era da regulação, industrialização, o tamanho das fábricas, o volume das produções e uma valorização das fronteiras consideradas impenetráveis, com base no modelo fordista os indivíduos eram liderados e supervisionados sob a autoridade daqueles que detinham o poder de ditar as regras a serem seguidas, houve a priorização da ordem (BAUMAN, 2001, p. 74, 76 e 83).

De outro lado, o capitalismo leve trouxe a decadência do modelo de Henry Ford, está para além das fábricas, produções decorrentes de mão de obra industrial de massa, e fronteiras, há um mundo de possibilidades o que ocasiona uma certa frustração pessoal dos consumidores no sentido de que o excesso de ofertas dificulta a priorização de necessidades, e embora não tenha havido a dispensabilidade de autoridades estas passaram a um número elevado com uma nova configuração, de líderes a conselheiros, que estimulam o individualismo e a compulsão por valores (BAUMAN, 2001, p. 76, 80, 83).

Acerca da transição da sociedade de produtores para a de consumidores, embora em toda e qualquer era, em toda e qualquer sociedade houvessem consumidores, na primeira modernidade ou na fase industrial os integrantes daquela sociedade eram basicamente produtores e soldados e eram instados a cumprirem as normas adequadas ao bom desempenho destas funções, já na segunda modernidade ou na modernidade líquida a sociedade já não estando tão mais dependente de mão de obra industrial e de recrutas, passa a contar os membros da sociedade contemporânea como consumidores, a norma passa a ser a de incentivo ao cumprimento deste novo dever, o dever de consumir além do que é necessário à sobrevivência (BAUMAN, 1999, p. 87 e 88).

Neste sentido, enquanto a sociedade de produtores detinha segurança e era norteadada pelo trabalho, a de consumidores é marcada pela instabilidade onde o consumo é a bússola dos seus integrantes (BAUMAN, 2008, p. 41).

Com esta passagem tem-se a alteração do consumo como algo trivial e inerente à sobrevivência humana, para o consumismo que vem a ser nos dias atuais a razão da existência da sociedade. E neste âmbito da efemeridade presente na contemporaneidade os bens objetos de consumo também são considerados voláteis tendo em vista que os desejos e necessidades tornaram-se insaciáveis na sociedade líquida.

Ao buscar descrever o consumismo, Bauman assevera que

o “consumismo” é um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos rotineiros, permanentes e, por assim dizer, “neutros quanto ao regime”, transformando-os na principal força propulsora e operativa da sociedade, uma força que coordena a reprodução sistêmica, e a integração e estratificação sociais, além da formação de indivíduos humanos, desempenhando ao mesmo tempo um papel importante nos processos de autoidentificação individual e de grupo, assim como na seleção e execução de políticas de vida individuais. (2008, p. 41 – grifos do autor)

O consumismo exerce influência sobre a personalidade das pessoas, as suas identidades e a integração junto a determinados grupos depende do seu nível de consumo, inclusive nesta sociedade onde tudo é flexível, é possível observar a coisificação dos indivíduos, são ao mesmo tempo consumidores e objetos de consumo.

A materialização da pessoa humana como objeto de consumo é considerada o ponto chave da sociedade de consumidores, como bem coloca Bauman (2008, p. 20) ao asseverar que “ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria”, e como toda mercadoria que se preze deve ser vendável ou seja, atrativa, as pessoas precisam de fazer o possível e até mesmo o impossível para serem notadas e desejadas como se estivessem expostas em uma loja.

Isso é perceptível na área profissional com a exigência crescente de qualificação para ocupar determinado cargo, e até mesmo na esfera pessoal ao passo que em uma sociedade onde tudo é efêmero e instável os relacionamentos interpessoais também podem ser perfeitamente descartados. As redes sociais virtuais servem como um parâmetro da atratividade do produto que é oferecido para ser consumido e depois descartado, a fama é medida pelo número de *likes* enquanto que a ausência das “curtidas” pode acarretar frustração, como um sinal de que não se trata de uma boa mercadoria.

E sobre a “comodificação” ou “transformação das pessoas em mercadoria”, Zygmunt Bauman (2008, p. 82) ainda esclarece que

para entrar na sociedade de consumidores e receber o visto de residência permanente, homens e mulheres devem atender às condições de elegibilidade definidas pelos padrões do mercado. Espera-se que se tornem disponíveis no mercado e que busquem, em competição com o restante dos membros, seu valor de mercado mais favorável. Ao explorarem o mercado à procura de bens de consumo (o propósito ostensivo de sua presença ali) são atraídos para as lojas pela perspectiva de encontrar ferramentas e matérias-primas que podem (e devem) usar para se fazerem aptos a serem consumidos – e, assim, valiosos para o mercado.

Por essa razão os valores do consumismo são mais relevantes do que os produtos em si, a significação que é dada em virtude da utilização de um determinado produto pode auxiliar na valorização da imagem de determinadas pessoas perante a sociedade, exercendo total influência sobre as identidades, mas em grande parte não representam o que de fato a pessoa é, a sua subjetividade, a ilusão é premente nessas situações sobretudo no ambiente virtual ou pelos meios de comunicação de massa como um todo.

Jean Baudrillard (2018, p. 25) acentua que “as comunicações de massa não nos oferecem a realidade mas a vertigem da realidade [...] Vivemos desta maneira ao abrigo dos signos e na recusa do real.”

Na sociedade de consumo o indivíduo consome o valor que lhe será dado ao utilizar determinados objetos, o que ele denomina de “signos”, e o consumidor estará ou não integrado a um grupo de outros indivíduos que lhe serão como referenciais de identificação. O papel e a influência da publicidade destacam-se nesta transformação da consumação do valor e não do objeto em si (BAUDRILLARD, 2018, p. 66 e 72).

A publicidade é um dos três ingredientes citados por Latouche (2009, p. 17 e 18) como necessário para o prosseguimento da ronda diabólica da sociedade de consumo “a publicidade, que cria o desejo de consumir; o crédito, que fornece os meios; e a obsolescência acelerada e programada dos produtos que renova a necessidade deles.”

Corroborando com este pensamento, a instantaneidade é marca registrada desta sociedade líquida e o elevado número de possibilidades de produtos a serem consumidos leva a obsolescência programada destes e a influência da comunicação de massa, como bem coloca Baudrillard (2018, p. 45) ao citar que

a publicidade realiza o prodígio de um orçamento considerável gasto com um único fim, não de acrescentar, mas de tirar o valor de uso dos objetos, de diminuir o seu valor/tempo, sujeitando-se ao valor/moda e à renovação acelerada.

Consequentemente esta renovação acelerada leva ao problema do descarte daquilo que já não causa mais satisfação, se é que em algum momento causou, e a busca pela substituição

por novas mercadorias, é um ciclo que não tem fim. E na busca incessante por satisfação os indivíduos são levados a acreditar que a verdadeira felicidade se encontra no ato de consumir, e que não é possível contentar-se com o que já possui. O descarte e a substituição aplicam-se também as pessoas e não apenas aos objetos dispostos em vitrines.

Sobre a felicidade proveniente do consumo, segundo Bauman (2008, p. 52) “precisa ser paga”. O termômetro da sociedade de consumidores dá-se pela felicidade dos seus integrantes, seus sucessos e fracassos, e é exatamente da não satisfação dos desejos dos membros desta sociedade que a economia consumista sobrevive, como um ciclo, que não se encerra.

2. A SUBCLASSE COMO DANO COLATERAL DA SOCIEDADE DE CONSUMO E A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A sociedade de consumidores tem por cultura o estímulo ao estilo de vida consumista, e como já delineado anteriormente, para ser parte integrante desta sociedade o indivíduo também precisa tornar-se mercadoria e como prova disso bem coloca Baudrillard (2018, p. 125) ao afirmar que “para ser considerado um verdadeiro cidadão da sociedade de consumo é necessário reciclar-se todos os anos, todos os meses e todas as estações, no vestuário, nos objetos, e no carro”.

Por esta razão trata-se de uma sociedade que valoriza os seus integrantes com base naquilo que eles possuem, ou melhor dizendo, naquilo que o indivíduo transparece ser em virtude de consumir certas mercadorias. Há uma verdadeira imposição para ser consumista, é uma condição de aceitabilidade nesta sociedade cuja instantaneidade e celeridade de renovação de mercado é pungente.

Acerca desta coação ao consumo, Baudrillard (2018, p. 95) assevera que:

o consumo surge como conduta ativa e coletiva, como coação e moral, como instituição. Compõe todo um sistema de valores, com tudo o que este termo implica enquanto função de integração do grupo e de controle social.

Nesta sociedade líquida, portanto, o ato de consumir denota um investimento para tornar-se vendável e conseqüentemente parte integrante do grupo de consumidores. Desta forma aquele que não consome, aquele que não possui a condição de investir em si próprio como mercadoria vendável é excluído, marginalizado.

Trata-se de uma baixa colateral decorrente da cultura do consumismo. Implica uma discussão acerca dos efeitos do consumo desenfreado. Bauman (2008, p. 149 e 150) explica que o significado de dano colateral “é desculpar ações prejudiciais, justifica-las e eximi-las de punição com base na ausência de intencionalidade [...] tem o objetivo de negar ou isentar a cegueira ética, condicionada ou deliberada.” O mesmo autor acredita que a coisificação da

pessoa humana é a principal baixa colateral existente na modernidade líquida, o palco da sociedade de consumo (BAUMAN, 2008, p. 150).

O consumismo organiza a sociedade, ou seja, institui classes, inclui e exclui, classifica, revela e realça as diferenças, a desigualdade. Os marginalizados da sociedade de consumo são suas vítimas colaterais, sequer estão encaixados na estratificação social, eles são excluídos sumariamente.

A subclasse é um termo utilizado para definir onde estão inseridas as vítimas colaterais da sociedade contemporânea, etimologicamente a palavra está atrelada ao submundo, aquilo que remete ao inferno, trata-se do grupo de indivíduos literalmente marginalizados, ou seja, que não pertencem a nenhuma das classes sociais existentes e são consideradas inúteis e prejudiciais àqueles que se encontram na condição de cidadãos consumidores da modernidade flexível (BAUMAN, 2008, 156).

Não seria novidade mencionar que os pobres são os integrantes genéricos da subclasse, também chamados de consumidores falhos, porém ao citar Hebert J. Gans, resta claro para Bauman (2008, p. 157) que as mães solteiras, as pessoas sem estudos e sem cultura, sem emprego, os sem-teto, os mendigos, pobres viciados, os pobres que residem em conjuntos habitacionais, inclusive os imigrantes ilegais, entre outros, também são considerados excluídos da sociedade de consumo.

Os consumidores falhos são assim considerados em virtude da não comodificação, ou seja, se o requisito essencial para ser parte integrante da sociedade de consumidores é o ato de consumir e aqueles não possuem condições para tanto, não são mercadorias vendáveis, não possuem valor, portanto são desnecessários, representam perigo por incorrerem em grande índice na criminalidade e por causarem prejuízo aos consumidores ávidos (BAUMAN, 2008, p. 158).

Em um mundo onde a meritocracia tem lugar de destaque, há quem considere a entrada na subclasse como opção de escolha para retirar assim a responsabilidade do estado, como se os integrantes deste grupo não fossem vítimas colaterais e, portanto, não poderiam reclamar tendo em vista a responsabilidade pessoal de cada um, seria um problema individual, e não coletivo (BAUMAN, 2008, p. 173).

E sobre a coletividade é inevitável apresentar a função do estado social na sociedade de consumidores:

tal como era na sociedade de produtores, é defender a sociedade dos danos colaterais que o princípio orientador da vida social iria causar se não fosse monitorado, controlado e restringido. Seu propósito é proteger a sociedade da multiplicação das fileiras de vítimas colaterais do consumismo: os excluídos, os proscritos, a subclasse. Sua tarefa é evitar a erosão da solidariedade humana e o desaparecimento dos sentimentos de responsabilidade ética. (BAUMAN, 2008, p. 181)

Os integrantes da subclasse, os considerados consumidores falhos ou não consumidores, também são seduzidos pela comunicação de massa, também desejam fazer parte da sociedade de consumidores, e até tentam de algum modo despende tudo o que possui para consumir algo que não é essencial no intuito de não serem excluídos e, portanto, humilhados. A insensibilidade, a ausência de solidariedade e o individualismo influenciados pelo consumismo decorrente do capitalismo e da modernidade líquida leva ao distanciamento entre a economia e a ética como bem asseveram Aquino e Zambam (2016, p. 126 e 127):

a privação de contato, de proximidade, de participação do ser humano com o seu semelhante torna inviável qualquer projeto de aperfeiçoamento da democracia como o espaço de reconhecimento do outro, da sua diferença para se aperfeiçoar o eu na relação com o tu a fim de constituir o nós. Quando o capitalismo observado como valor econômico, substitui valores de utilidade por valores fundamentais, substitui pessoas como coisas, jamais se conseguirá atingir – ou sequer aperfeiçoar – relações humanas tolerantes e qualitativas, motivadas pelo esforço comum e distribuídas por critérios econômicos justos ainda que seja pelo capitalismo.

Tudo isto demonstra que o capitalismo e esse modo de viver prezando o consumo do excedente e do supérfluo, segrega e retira dos considerados não consumidores a própria dignidade humana, fere direitos fundamentais, inclusive implica em ameaça a própria existência humana já que os produtos que são confeccionados em ritmo acelerado também são descartados na mesma intensidade, e embora a avidez pelo consumo seja ilimitada, os recursos naturais são finitos.

Latouche (2009, p. 27) que sugere um decrescimento sereno para a atual sociedade menciona que “nosso crescimento econômico excessivo se choca com os limites da finitude da biosfera. A capacidade de regeneração da terra já não consegue acompanhar a demanda [...]”. E estes danos recaem sobre todos, neste caso não há que se falar em divisão ou segregação, os danos ao meio ambiente recaem sobre os consumidores e sobre os consumidores falhos.

Neste contexto Ulrich Beck (2018, p. 118) realiza uma crítica a sociologia convencional que ao tratar da desigualdade social refere-se apenas a divisão de bens, para o autor é necessário referir-se a distribuição do males, quais sejam os riscos provenientes da metamorfose mundial.

Ao segregar os chamados consumidores falhos, ao serem vistos como inúteis, fere-se uma série de direitos fundamentais, sejam individuais, sociais, políticos e jurídicos, que podem ser resumidos na necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana, considerado

princípio corolário de todas as constituições democráticas, e segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60) trata-se da:

*[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto **contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano**, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, **além de propiciar e promover sua participação ativa e responsável dos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos**. (grifos nossos)*

Por esta razão faz-se necessário reforçar a tese de que a pessoa humana não pode ser objetificada, nem tampouco excluída pelo fato de não possuir condições de participar ativamente da sociedade de consumidores tendo em vista que o capitalismo não pode sobrepor-se a dignidade humana, a ética não deve estar dissociada da economia, e os integrantes da sociedade como um todo sem distinção de classes e sem a marginalização daqueles considerados consumidores falhos necessitam de uma conscientização de que todos são iguais perante a lei, e a prevalência da solidariedade, do bem comum a concretização da justiça social devem ser o esteio de todas as sociedades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema referente às mudanças provenientes da transformação da sociedade de produtores para a de consumidores implica uma série de discussões que tratam da subjetividade da pessoa humana, da sua transformação em mercadoria, da coação para ser parte desse novo modelo social, e a sua conseqüente exclusão pelo fato de não possuir condições de praticar o consumismo.

Além dos danos ao meio ambiente, sendo a pessoa humana parte da natureza, e esta com recursos finitos e nem sempre renováveis, corre o risco de desaparecer, desta feita o consumismo pode ser considerado um dos males do século em razão de pôr em risco a própria existência humana.

Em uma sociedade onde a pessoa humana é valorizada pelo que consome, a conseqüência é a exclusão daqueles inabilitados para o consumo, sequer são considerados cidadãos e, portanto, não estão encaixados nos degraus da hierarquia de classes.

Os não consumidores são as vítimas colaterais desta sociedade, tratados como “os outros”, lhe são imputadas a responsabilidade por fazerem parte da subclasse, retirando a função do estado social que seria exatamente a de proteger essas vítimas e minimizar os possíveis danos decorrentes dessa compulsão pelo consumo.

Vê-se, portanto, que ao segregar fere-se a dignidade da pessoa humana, lhe é negada a participação na sociedade, a convivência e a comunhão com os demais, a ausência de solidariedade e a insensibilidade moral estão na pauta da modernidade líquida e o que deve levar a uma necessária conscientização de que a ética deve estar atrelada a economia.

REFERÊNCIAS

AQUINO, SÉRGIO RICARDO FERNANDES DE; ZAMBAM, NEURO JOSÉ. AS CONTRADIÇÕES DO CAPITALISMO NO SÉCULO XXI E SUA METAMORFOSE PELA DEMOCRACIA E JUSTIÇA. SCIENTIA IURIS, LONDRINA, V. 20, N2, P. 107-140, JUL. 2016. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.UEL.BR/REVISTAS/UDEL/INDEX.PHP/IURIS/ARTICLE/VIEW/22711](http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/22711). ACESSO EM: 18 DEZ. 2018.

BAUDRILLARD, JEAN. A SOCIEDADE DE CONSUMO. TRADUÇÃO DE ARTUR MORÃO. LISBOA: EDIÇÕES 70, 2018.

BAUMAN, ZYGMUNT. GLOBALIZAÇÃO: AS CONSEQUÊNCIAS HUMANAS. TRADUÇÃO DE MARCUS PENCHEL. RIO DE JANEIRO: ZAHAR, 1999.

_____. MODERNIDADE LÍQUIDA. TRADUÇÃO DE PLÍNIO DENTZIE. RIO DE JANEIRO: ZAHAR, 2001.

_____. VIDA PARA CONSUMO: A TRANSFORMAÇÃO DAS PESSOAS EM MERCADORIA. TRADUÇÃO DE CARLOS ALBERTO MEDEIROS. RIO DE JANEIRO: ZAHAR, 2008.

BECK, ULRICH. A METAMORFOSE DO MUNDO: NOVOS CONCEITOS PARA UMA NOVA REALIDADE. TRADUÇÃO DE MARIA LUIZA X. A. BORGES. RIO DE JANEIRO: ZAHAR, 2018.

LATOUCHE, SERGE. PEQUENO TRATADO DO DECRESCIMENTO SERENO. TRADUÇÃO DE CLÁUDIA BERLINER. SÃO PAULO: MARTINS FONTES, 2009.

SARLET, INGO WOLFGANG. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. PORTO ALEGRE: LIVRARIA DO ADVOGADO, 2001.

UMA ANÁLISE SOBRE A EFICÁCIA DOS INSTRUMENTOS LEGAIS E INSTITUCIONAIS DO CRIME DE PESSOAS EM PERNAMBUCO

*Alcione Flor de Oliveira (Educação/ FUNIBER)*⁷⁶

*Ivone Maria da Silva (Direito/ FADIC)*⁷⁷

RESUMO: Procurou-se analisar neste Artigo a eficácia dos instrumentos legais e institucionais do crime de tráfico de pessoas em Pernambuco. Assim o objetivo foi o de analisar a eficácia desses Instrumentos Legais, quando da pioneira iniciativa do Poder Executivo do Estado de Pernambuco, na implantação de órgão específico, objetivando a execução de ações de prevenção e repressão, como também, propondo diretrizes das ações governamentais de prevenção e enfrentamento ao tráfico de pessoas na esfera Estadual, trazendo para a sociedade Pernambucana um instrumento eficaz, sendo de fundamental importância a publicização desse órgão que é o Núcleo de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas/NETP, que compõe a Secretaria de Defesa Social de Pernambuco. Todavia, a fundamentação teórica, consiste em analisar o Decreto Estadual nº 37.069/2011 e a Lei 13.344/2016, como também os arts. 149 e 149-A do Código Penal Brasileiro e o Protocolo de Palermo, embasando os aspectos teóricos do presente artigo, traçando um perfil histórico dos direitos humanos e do crime de tráfico de pessoas no Brasil e no mundo. A metodologia empregada fundamentou-se no método observacional, bibliográfica e documental, desenvolvendo a pesquisa exploratória e de campo junto da Secretaria de Defesa Social do Estado de Pernambuco. Dessa forma, a temática desenvolveu-se na expectativa de revelar a importância da pioneira iniciativa do Governo do Estado de Pernambuco, na prevenção ao crime de tráfico de pessoas. Assim, o objetivo foi o de analisar se os Instrumentos Legais em nosso Estado, na prevenção ao crime de tráfico de pessoas elencada no art. 149 e 149-A do Código Penal Brasileiro, com a instituição do Decreto Estadual nº 37.069/2011, que criou o NETP/PE, com sede na Secretaria de Defesa Social – SDS/PE, objetivando a execução de ações de prevenção e repressão, como também, propondo diretrizes das ações governamentais de prevenção e enfrentamento ao tráfico de pessoas na esfera Estadual, trazendo para a sociedade Pernambucana um instrumento eficaz, capaz de dizimar toda e qualquer possibilidade ao Tráfico de Pessoas em Pernambuco, sendo de fundamental importância a publicização desse órgão que é o NETP, que compõe a SDS/PE.

⁷⁶ Mestranda em Educação – As TIC na Educação, pela FUNIBER. E-Mail: alcioneflor@hotmail.com

⁷⁷ Mestranda em Direito – História do Pensamento Jurídico – Historicidade dos Direitos Fundamentais pela Faculdade Damas. E-Mail: ivmsilva@gmail.com.

Palavras-chaves: Tráfico de pessoas. Exploração sexual. Direito penal.

ABSTRACT: This article aimed to analyze the effectiveness of the legal and institutional instruments of the crime of trafficking in persons in Pernambuco. Thus, the objective was to analyze the effectiveness of these Legal Instruments, at the pioneer initiative of the Executive Power of the State of Pernambuco, in the implementation of a specific body, aiming at the execution of prevention and repression actions, as well as proposing guidelines for governmental actions of prevention and coping with human trafficking in the State sphere, bringing to society Pernambucana an effective instrument, and of fundamental importance is the publicity of this body that is the Nucleus of Confronting Trafficking in Persons / NETP, which comprises the Secretariat of Social Defense of Pernambuco . However, the theoretical basis consists of analyzing State Decree nº 37.069 / 2011 and Law 13344/2016, as well as arts. 149 and 149-A of the Brazilian Penal Code and the Palermo Protocol, based on the theoretical aspects of this article, tracing a historical profile of human rights and the crime of trafficking in persons in Brazil and in the world. The methodology used was based on the observational, bibliographic and documentary method, developing the exploratory and field research with the Department of Social Defense of the State of Pernambuco. Thus, the theme developed in the expectation of revealing the importance of the pioneering initiative of the Government of the State of Pernambuco, in the prevention of the crime of trafficking in persons. Thus, the objective was to analyze whether the Legal Instruments in our State, in the prevention of the crime of trafficking in persons listed in art. 149 and 149-A of the Brazilian Penal Code, with the establishment of State Decree No. 37.069 / 2011, which created NETP / PE, with headquarters at the Department of Social Defense - SDS / PE, aimed at implementing prevention and repression actions, as well as proposing guidelines for government actions to prevent and combat trafficking in persons at the State level, bringing to Pernambuco society an effective instrument capable of decimating any and all possibility to the Trafficking of Persons in Pernambuco, being of fundamental importance the publicity of this body that is the NETP, which makes up the SDS / PE.

Keywords: Trafficking in Persons. Sexual Exploitation. Criminal Law.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar a eficácia dos instrumentos legais e institucionais do crime de tráfico de pessoas em Pernambuco, visto que a preocupação em torno dessa eficácia está longe de ser esgotada, pois a importância desse tema reside não só na atualidade, mas também na abrangência e discussão dentro do contexto da Instituição Secretaria de Defesa Social do Estado de Pernambuco, com a preparação pela qual se iniciou através do Decreto Estadual 37069/2011, o Núcleo de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas-NETP/PE, onde vem sendo efetuado trabalho de prevenção e repressão, com promoção de seminários e debates, enfocando a exploração sexual e o trabalho escravo, que são duas modalidades do crime principal, que é o tráfico de pessoas.

A Metodologia desenvolvida foi a pesquisa exploratória, método observacional, bibliográfica e documental. As fontes de informações se constituíram de consultas a páginas eletrônicas, filmografia e livros que abordaram o eixo da pesquisa e temas que perpassam o estudo, além de documentos de primeira mão, ou seja, aquele que ainda não receberam qualquer tratamento analítico como, por exemplo, documentos oficiais disponíveis na Secretaria de Defesa Social e próprio Decreto Estadual 37.069/2011, visando uma maior precisão do estudo, realizou-se também uma pesquisa de campo.

Assim, como problema de pesquisa, temos a amplitude do tema afetos a segurança pública, alertando para a necessidade de qualificação dos profissionais de Segurança Pública e como resultados esperados, desejamos contar com todos os organismos estaduais de defesa do estado e das instituições democráticas, elencados no art. 144 CF. que são a PF, PRF, PFF, PC, PM, CBM e GM, todavia os órgãos operativos integrantes da Secretaria de Defesa Social do nosso estado, são as Polícias civil, Polícia Militar, Corpo de Bombeiro Militar e Polícia Científica, devendo estar interligados tanto aos órgãos da Segurança Pública da União, quanto ao Município, na mesma finalidade que é a prevenção e repressão do tráfico interno e internacional de pessoas. Como também as unidades de Ensino como escolas públicas estaduais, municipais e privadas e também faculdades, Universidades, ONGs e a Academia Integrada de Defesa Social da SDS/PE.

Uma das metas do I Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (I PNETP), foi a implementação de Núcleos de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (NETP's) reforçada a partir da "Ação 41", do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci) voltada, especificamente, para a criação de Núcleos e Postos Avançados, em parceria com os Governos estaduais.

Assim o NETP/PE embasou as campanhas, atividades, capacitações entre outras ações do PNETP, prevista no Decreto nº 5.948/2006, instituído posteriormente em 08 de janeiro de

2008, através do Decreto Federal nº 6.347, tal norma legal, prevista como um dos instrumentos da Política Nacional, conforme os eixos de atuação abaixo:

*Art. 5º: São diretrizes específicas de **prevenção ao tráfico de pessoas**:*

I - Implementação de medidas preventivas nas políticas públicas, de maneira integrada e Inter setorial, nas áreas de saúde, educação, trabalho, segurança, justiça, turismo, assistência social, desenvolvimento rural, esportes, comunicação, cultura, direitos humanos, dentre outras;

II - Apoio e realização de campanhas socioeducativas e de conscientização nos âmbitos internacional, nacional, regional e local, considerando as diferentes realidades e linguagens;

III - monitoramento e avaliação de campanhas com a participação da sociedade civil;

IV - Apoio à mobilização social e fortalecimento da sociedade civil; e

V - Fortalecimento dos projetos já existentes e fomento à criação de novos projetos de prevenção ao tráfico de pessoas.

*Art. 6º: São diretrizes específicas de repressão ao tráfico de pessoas e de **responsabilização de seus autores**:*

I - Cooperação entre órgãos policiais nacionais e internacionais;

II - Cooperação jurídica internacional;

III - Sigilo dos procedimentos judiciais e administrativos, nos termos da lei; e

IV - Integração com políticas e ações de repressão e responsabilização dos autores de crimes correlatos.

*Art. 7º: São diretrizes específicas **de atenção às vítimas** do tráfico de pessoas:*

I - Proteção e assistência jurídica, social e de saúde às vítimas diretas e indiretas de tráfico de pessoas;

II - Assistência consular às vítimas diretas e indiretas de tráfico de pessoas, independentemente de sua situação migratória e ocupação;

III - acolhimento e abrigo provisório das vítimas de tráfico de pessoas;

IV - Reinserção social com a garantia de acesso à educação, cultura, formação profissional e ao trabalho às vítimas de tráfico de pessoas;

V - Reinserção familiar e comunitária de crianças e adolescentes vítimas de tráfico de pessoas;

VI - Atenção às necessidades específicas das vítimas, com especial atenção a questões de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, nacionalidade, raça, religião, faixa etária, situação migratória, atuação profissional ou outro status;

VII - proteção da intimidade e da identidade das vítimas de tráfico de pessoas; e

VIII - levantamento, mapeamento, atualização e divulgação de informações sobre instituições governamentais e não-governamentais situadas no Brasil e no exterior que prestam assistência a vítimas de tráfico de pessoas.

Uma das conquistas advindas do Tráfico de Pessoas, foi com um instrumento internacional normativo o Protocolo Adicional a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo a Prevenção, Repressão e Punição do tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças - Protocolo de Palermo (Decreto nº 5.017, de 12/03/20014), que diz respeito a uma concepção de proteção às vítimas, relativo a prevenção, repressão e punição de tráfico de pessoas, em especial a mulheres e crianças.

É importante mencionar que, anteriormente à instituição do Protocolo de Palermo, existiam ações voltadas para coibir o tráfico apenas para fins de prostituição, o exercício de prostituição não se configurava crime, assim, quando há uma exploração via prostituição, esse sim pode ser definido como tal, até porque esta prática era vista como uma ofensa aos bons costumes. A partir desse marco legal, pode-se verificar que é usada a cláusula para “fins de exploração”, abrangendo qualquer forma de exploração, seja ela sexual ou laboral.

Objetivando potencializar ações em torno de tal questão, o governo brasileiro por meio da Secretaria Nacional de Justiça-SNJ, lançou a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas-PNETP/SNJ, através do Decreto nº 5.948, de 26 de outubro de 2006. A partir da aprovação as ações deixam de situarem-se apenas no âmbito do pontual, tornando-se uma política pública, envolvendo não só a área da justiça e segurança pública, mas abrangendo todas as esferas que perpassam a temática (educação, cultura, saúde, lazer e etc.).

Tendo por base os princípios estabelecidos no Protocolo de Palermo, a Política Nacional difere deste no tocante ao consentimento dado pela vítima. Segundo o Protocolo o consentimento descaracterizaria o tráfico. Já na Política é tido como irrelevante, pois houve o entendimento de que a vítima de tráfico majoritariamente encontra-se em situação de vulnerabilidade social, tendendo assim a um consentimento induzido, ou seja, tem íntima relação com condicionantes sociais, econômicos e políticos, nada mais justo que desconsiderar a questão do “consentimento”, haja vista que nenhum ser humano seria

conivente com a ideia de ser explorado, maltratado, ter sua dignidade reduzida a uma condição subumana.

1. INSTRUMENTOS LEGAIS DO CRIME DE TRAFICO DE PESSOAS

1.1 Da Criação do Decreto Estadual nº 37.069/2011 e a Lei 13.344/2016 Preliminarmente deve-se considerar o contexto global quanto da aplicabilidade do Decreto 37.069/2011, sancionado pelo Governo do Estado de Pernambuco, com as condições existentes na Secretaria de Defesa Social, o NETP, tem cumprido o que preceitua o atual Decreto, com as regras aplicáveis originada da Política Estadual de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, sendo o Brasil, signatário da Convenção das Nações Unidas contra o crime Organizado Transnacional e do Protocolo Adicional à convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Seres Humanos, em Especial Mulheres e Crianças, bem como, o termo Aditivo ao Convênio nº 035/2008, de 26 de junho de 2010, celebrado entre a União por intermédio do Ministério da Justiça e o Estado de Pernambuco, por meio da Secretaria de Defesa Social.

Tal dispositivo confirma a preocupação em garantir a preservação dos direitos e garantias fundamentais e deixa claro, o respeito do Governo do Estado de Pernambuco no enfrentamento da vítima de tráfico de pessoas, garantindo um ambiente de segurança para a sociedade, o que gera a confiança em sua população e a garantia de melhores interesses do povo pernambucano pela temática em questão, sem dúvida uma das formas mais eficazes de concretizar o interno é dar as pessoas a segurança de que serão protegidas de toda e qualquer forma de crime, sendo o Brasil signatário da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e do Protocolo de Palermo.

A amplitude do tema afetos a segurança pública, alerta para a necessidade de qualificação dos profissionais de segurança, novos atores, cenários e paradigmas as políticas públicas, onde a Secretaria de Defesa Social, através de seu Núcleo de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas – NETP ganhou enorme visibilidade e jamais em sua história, esteve tão presente em seus debates do enfrentamento ao tráfico de pessoas, onde a SDS tem a missão institucional de promover a defesa dos direitos do cidadão e da normalidade social através de seus órgãos de segurança pública, integrando as ações do governo. Assim, dentro do contexto de Defesa Social, cabe ao estado, ao mesmo tempo, a garantia dos direitos individuais e coletivos previsto na Constituição Federal:

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

- I. *Polícia Federal;*
- II. *Polícia Rodoviária Federal;*
- III. *Polícia Ferroviária Federal;*
- IV. *Polícia Civil; (BRASIL, 2012, P.52)*
- V. *Policías Militares e Corpo de Bombeiros Militares.*

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

Com o intuito de prevenir e reprimir o tráfico de pessoas e de responsabilizar os autores dos crimes, como também, garantir a atenção às vítimas, o Governo do Estado de Pernambuco, através de sua Secretaria de Defesa Social, promoveu uma plenária livre no teatro da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, no dia 17 de setembro de 2011, onde na oportunidade, foram discutidas propostas que irão compor o 2º Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas do Ministério da Justiça, onde a proposta será dividida em três eixos temáticos: 1) prevenção; 2) atenção às vítimas e 3) repressão e responsabilização dos autores.

A discussão na troca de experiência e na elaboração das propostas de combate ao tráfico foi a de construir políticas públicas que beneficie a todos sem distinção, sendo necessário que se exerça os direitos de expressões e de tornarem-se multiplicadores de informações; desta feita, será mais fácil combater o tráfico de pessoas a partir de informações que causem indignação e gere lutas sociais; como também, para grupos minoritários como travestis e transexuais, onde, está sendo proposto para que estes integrem o Plano Nacional e possa atender as categorias mais vulneráveis ao tráfico, por causa da exclusão social.

A importância desse Decreto fomentou, sobretudo, as formas alternativas de obtenção de reconhecimentos do NETP/PE, afirmando a necessidade de potencializar a ampliação e o aperfeiçoamento dos instrumentos para o enfrentamento ao tráfico de pessoas nas instancias estaduais e órgãos envolvidos na repressão ao crime e responsabilidade dos autores.

Por fim, também contamos com a Lei 13.344, de 06 de outubro de 2016 no ordenamento jurídico, que dispõe sobre a prevenção e repressão do tráfico interno e internacional de pessoas e a melhoria dos acessos aos dados de informações necessária para a investigação preliminar policial e as mudanças de caráter procedimental, onde a lei aumenta a integração entre os órgãos de justiça responsáveis tanto no âmbito nacional como estrangeiro.

1.2 Do Núcleo de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - NETP/PE

Prevenção ao Combate ao Tráfico de Pessoas em Pernambuco, ocorreu em três fases: iniciou-se como um Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Tráfico de Seres Humanos, instituído através de Decreto nº 25.594/2003, tendo como principal objetivo melhorar a capacidade do Estado em termos jurídicos e medidas preventivas, através, da conscientização das vítimas e da sensibilização da sociedade civil e do Poder Público. Desde o início da sua execução, o Programa foi implementado de forma a constituir uma política pública formada da parceria, já exitosa em outros programas, entre sociedade civil e poder público no enfrentamento ao crime organizado. Ressaltando que o Governo do Estado de Pernambuco foi o primeiro no país a dar real importância a essa problemática, criando um Programa, com uma Gerência e recursos materiais necessários à erradicação do crime.

A segunda fase, se deu com a criação da Gerência de Prevenção de Enfrentamento ao Tráfico de Seres Humanos – GPETSH/2008, como decorrência de um programa bem-sucedido, desenvolvido, por meio de um convênio firmado com a Secretaria Nacional de Segurança Pública juntamente com o Ministério da Justiça, através do Convenio nº 035/2008 SENASP/MJ, com projeto intitulado “Articulação Político-Institucional para Ampliação das Ações do Núcleo de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas”, com prazo de término para junho de 2010, executado pela Secretaria de Defesa Social do Estado de Pernambuco - SDS/PE, através da Gerencia Geral de Articulação e Integração Institucional e Comunitária GGAIC/SDS.

Todavia, a partir de 19 de abril de 2010, cumprindo determinação do signatário, foi definido um novo local, com nova denominação de Núcleo de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, sendo designada nova equipe composta por oito servidores da SDS/PE com a finalidade de promover a reestruturação administrativa, bem como, executar as ações previstas no Pacto Pela Vida, Programa do Governo do Estado de Pernambuco voltado para Segurança Pública e Defesa Social, referentes ao programa e as Políticas Estadual e Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Assim, em 19 de agosto de 2010 foi publicada a Portaria GAB/SDS nº 1598, de 18/08/2010, acrescentando as categorias pornografia infantil, assédio sexual, estupro de vulnerável, prostituição/exploração sexual, tráfico internacional de pessoa para exploração sexual e tráfico interno de pessoa para exploração sexual, na lista de naturezas criminais no Sistema de Informação Policial da Policia Civil de Pernambuco (INFOPOL/PE), com vistas a permitir a sua inserção pelos policiais no momento do registro da ocorrência.

Atualmente, executa-se a terceira fase com a publicação do Decreto Estadual nº 37.069/2011, onde criou-se efetivamente o Núcleo de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, antes conhecido apenas por um Programa Estadual, depois como uma Unidade da Gerencia de Prevenção e atualmente Núcleo de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.

Desta forma, a principal atribuição do NETP/PE, continua sendo a de articular e planejar o desenvolvimento das ações de enfrentamento ao tráfico de pessoas, visando à atuação integrada dos órgãos públicos e da sociedade civil, com a finalidade de prevenir e reprimir o tráfico de pessoas no Estado de Pernambuco, de maneira que para isso terá que realizar atividades como: integrar, fortalecer e mobilizar os serviços e redes de atendimento; celebrar convênios em entidades governamentais e não governamentais que atuam em apoio a mulheres, profissionais do sexo e travestis.

2. INDICADOR DA POSIÇÃO DE PERNAMBUCO COM O BRASIL

Quanto ao indicador de qual posição o Estado de Pernambuco estaria em relação ao Brasil e diante do quadro que se apresenta onde a Secretaria de Defesa Social trabalha em conjunto com órgãos Federais e Internacionais como: Ministério da Justiça, Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, UNODC, OIT e Ministério Público do Trabalho, no sentido de construir um indicador para o Brasil e conseqüentemente para Pernambuco, é de considerar que a prevenção, sem dúvida é a melhor solução para todos os envolvidos na luta ao enfrentamento ao tráfico de pessoas, e ainda que Pernambuco necessite fazer algumas implementações, certamente lhe será mais proveitoso um resultado efetivo dessa prevenção do que a espera de indicadores que de outra forma seriam devidos durante as ações de prevenção, além disso, sairá com alguns benefícios diante da faculdade ou exercício de direito de invocar o poder jurisdicional do estado para fazer valer um direito que se julga ter o NETP e que para os parceiros por sua vez, seria necessária uma intervenção articulada entre os diversos Estados e destinos de pessoas traficadas onde deveria ser analisadas situações de mudanças de cultura em que se estimula a prevenção, onde em função da gravidade da temática em questão e obedecendo ao princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se focar suas atenções nesta causa de maior complexibilidade, nas quais se mostrem impossíveis ou mesmo desaconselhável tal prática ou conduta, enfim a prevenção, repressão e mecanismo de apoio as vítimas é proveitosa a toda a sociedade.

Buscando estimular a pratica de ações conjuntas, muitos países vêm realizando campanhas de alcance global, possivelmente com a permissão da ONU, onde no NETP, destacam-se algumas ações como a realização de seminários e pautas temáticas, além da participação em campanhas comemorativa ao dia nacional de luta contra o abuso e exploração sexual de criança e adolescente, comemorados todos os anos em 18 de maio como objetivo de mobilizar a sociedade brasileira e sensibilizá-los para o engajamento no combate desta violência, data escolhida em homenagem a menina Araceli Santos, Raptada, drogada, estuprada, morta e carbonizada, falecida neste dia, na cidade de Vitoria do Espirito Santos no ano de 1973.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito deste trabalho foi trazer uma análise dos instrumentos legais e institucionais do tráfico de pessoas em Pernambuco, mais precisamente junto a Secretaria de Defesa Social, onde funciona o Núcleo de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, instituído através do Decreto nº 37.069 de 02 de setembro de 2011 e no mesmo sentido, verificar as ações governamentais de prevenção e enfrentamento ao tráfico de pessoas na esfera estadual.

As questões de discussão na troca de experiência e na elaboração das propostas de combate ao tráfico, construindo políticas públicas que beneficie a todos sem distinção, incluindo os grupos minoritários, onde está sendo proposto para que estes integrem o Plano Nacional e possa atender as categorias mais vulneráveis ao tráfico, por causa da exclusão social.

Entretanto, após as leituras realizadas observou-se que o enfrentamento do tráfico de pessoas em Pernambuco, representou um anseio da sociedade, fruto de grande mobilização por parte do Poder Público e da Sociedade Civil Organizada, principalmente no que diz respeito ao Núcleo de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - NETP, que em conjuntos com parceiros institucionais, em especial o próprio Estado, tem-se articulado e planejado o desenvolvimento das ações de enfrentamento e trajetória desse tema que muito afeta a sociedade e perpassa o poder do Estado na esfera Nacional.

Um ponto importante a destacar, é que o Governo do Estado de Pernambuco, foi primeiro do país a dar real importância a problemática, tendo como um dos objetivos o de melhorar a capacidade do Estado de Pernambuco em termos jurídicos e medidas preventivas, através de conscientização e sensibilização da sociedade civil e do poder público.

Vale ressaltar que a Secretaria de Defesa Social, trabalha em conjunto com os órgãos federais e internacionais (Ministério da Justiça, Polícia Federal e Polícia Rodoviária Federal, UNODC, OIT, Ministério Público do Trabalho) no sentido de construir um indicador para o Brasil e conseqüentemente para o Estado de Pernambuco no que tange o Tráfico de Pessoas.

Nesse sentido encontra-se em fase de implantação um cadastro único por parte do Ministério da Justiça, onde as informações ficarão interligadas a nível nacional, com dados relativos ao tráfico de pessoas de todos os Estados, para isso, atualmente, os Núcleos e Postos do Brasil se reúnem a cada quadrimestre para troca de informações e experiências sobre a temática.

O NETP tem cumprido o que preceitua o Decreto nº 37.069/2011, visto que o foco voltado para a prevenção, ao qual se constatando que os perfis das vítimas envolvidas no tráfico de pessoas são para fins de exploração sexual apontando as mulheres, adolescentes e crianças, como as principais vítimas desse tráfico por serem mais vulneráveis, pelas promessas vantajosas de melhoria de vida e realização de um sonho.

Sendo assim, ações utilizadas pelo NETP/SDS, após a instituição do Decreto n.º 37.069/2011, são de caráter preventivo, promovendo constantemente palestras em escolas, Universidades,

Faculdades, Empresas e ONGs, além de participar e promover Campanhas e Seminários, com a finalidade de alertar, informar e sensibilizar a sociedade sobre esse tipo de crime. Nessa perspectiva, o conhecimento da Política Estadual de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas é de indiscutível relevância ao operador de direito, pois trata de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, visto que afronta os direitos à vida, à liberdade e à dignidade e aos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. DISPONÍVEL EM:
[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/CONSTITUICAOCOMPILADO.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).
ACESSO EM: 06 SET. 2018.

_____. CÓDIGO PENAL. DISPONÍVEL EM:
[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/DECRETO-LEI/DEL2848COMPILADO.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).
ACESSO EM: 07 SET. 2018.

_____. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DISPONÍVEL EM BRASIL.
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. DISPONÍVEL EM:
[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/L8069.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm).

_____. DECRETO Nº 5.017, DE 12 DE MARÇO DE 2004. PROTOCOLO DE PALERMO.
DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2004-2006/2004/DECRETO/D5017.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm)>. ACESSO EM: 09 SET. 2018.

_____. DECRETO Nº 5.948, DE 26 DE OUTUBRO DE 2006. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA -
CASA CIVIL, BRASÍLIA, DF, 26 OUT. 2006. DISPONÍVEL EM:
[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2004-2006/2006/DECRETO/D5948.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5948.htm).
ACESSO EM: 06 SET. 2018.

_____. DECRETO Nº 31.659, DE 14 DE ABRIL DE 2008. POLÍTICA ESTADUAL DE
ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS. GOVERNO DO ESTADO DE PERNAMBUCO.
POLICIA CIVIL, RECIFE/PE, 14 DE ABRIL DE 2008. DISPONÍVEL EM:
[HTTP://LEGIS.ALEPE.PE.GOV.BR/TEXTO.ASPX?ID=19344&TIPO=TEXTOATUALIZADO](http://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=19344&tipo=textoatualizado).
ACESSO EM: 06 SET. 2018.

_____. LEI 13.344 DE 06 DE OUTUBRO DE 2016. DISPÕE SOBRE PREVENÇÃO E
REPRESSÃO AO TRÁFICO INTERNO E INTERNACIONAL DE PESSOAS E SOBRE MEDIDAS DE
ATENÇÃO ÀS VÍTIMAS; ALTERA A LEI Nº 6.815, DE 19 DE AGOSTO DE 1980, O DECRETO-LEI
Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 (CÓDIGO DE PROCESSO PENAL), E O DECRETO-LEI Nº
2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 (CÓDIGO PENAL); E REVOGA DISPOSITIVOS DO DECRETO-
LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 (CÓDIGO PENAL). DISPONÍVEL EM:
[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2015-2018/2016/LEI/L13344.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm).
ACESSO EM: 02 SET. 2018.

_____. DECRETO Nº 37.069, DE 02 DE SETEMBRO DE 2011. INSTITUI, NO ÂMBITO DO
PODER EXECUTIVO ESTADUAL, O NÚCLEO DE ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS -
NETP/PE E O COMITÊ ESTADUAL DE ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS-CETP/PE.
GOVERNO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. POLICIA CIVIL, RECIFE/PE, 14 DE ABRIL DE 2008.
DISPONÍVEL EM:
[HTTP://LEGIS.ALEPE.PE.GOV.BR/TEXTO.ASPX?ID=17935&TIPO=TEXTOORIGINAL](http://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=17935&tipo=textooriginal).
ACESSO EM: 06 DE SET. 2018.

_____. DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO, ANO LXXXVIII, Nº 170, PODER
EXECUTIVO, DECRETO Nº 37.069, DATADO DE 03 DE SETEMBRO DE 2011, P.06, 2011.

<[HTTP://200.238.105.211/CADERNOS/2011/20110903/1-PODEREXECUTIVO/PODEREXECUTIVO\(20110903\).PDF](http://200.238.105.211/CADERNOS/2011/20110903/1-PODEREXECUTIVO/PODEREXECUTIVO(20110903).PDF)>. ACESSO EM: 07 DE SET. 2018.

_____. DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO, ANO LXXXVIII, Nº 179, PODER EXECUTIVO, ESTADO E SOCIEDADE CIVIL NA LUTA CONTRA O TRÁFICO DE PESSOAS, DATADO DE 17 DE SETEMBRO DE 2011. P.01, 2011. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://200.238.105.211/CADERNOS/2011/20110917/1-PODEREXECUTIVO/PODEREXECUTIVO\(20110917\).PDF](http://200.238.105.211/CADERNOS/2011/20110917/1-PODEREXECUTIVO/PODEREXECUTIVO(20110917).PDF)>. ACESSO EM: 07 SET. 2018.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. POLÍTICA NACIONAL DE ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS. 2 ED. BRASÍLIA: SNJ, 2007.

CAMPOS, BÁRBARA; SANTANA, CIDÁLIA; OLIVEIRA, MARINA. PLANO NACIONAL DE ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS. BRASÍLIA: SNJ, 2008.

DELMANTO, CELSO. CÓDIGO PENAL COMENTADO: ACOMPANHADO DE COMENTÁRIOS, JURISPRUDÊNCIAS, SÚMULAS EM MATÉRIA PENAL E LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR. 8 ED. REV., ATUAL E AMPL. SÃO PAULO: SARAIVA 2010.

DIAS, CLÁUDIA SÉRVULO DA CUNHA (ORG.) TRÁFICO DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL. BRASÍLIA: SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICA PARA AS MULHERES, 2005.

FALEIROS, E. T. S.; A EXPLORAÇÃO SEXUAL COMERCIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO MERCADO DO SEXO. IN: LIBÓRIO, R. M. C.; SOUSA, S. M. G. SOUSA (ORGS.). A EXPLORAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL: REFLEXÕES TEÓRICAS, RELATOS DE PESQUISAS E INTERVENÇÕES PSICOSSOCIAIS SÃO PAULO: CASA DO PSICÓLOGO; GOIÂNIA: UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS, 2004.

JESUS, DAMÁSIO DE. TRAFICO INTERNACIONAL DE MULHERES E CRIANÇAS. BRASIL: ASPECTOS REGIONAIS E NACIONAIS. SÃO PAULO: SARAIVA: 2003.

LEAL, MARIA LÚCIA; LEAL, MARIA DE FÁTIMA P. (ORGS). PESQUISA SOBRE TRÁFICO DE MULHERES, CRIANÇAS E ADOLESCENTES PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL COMERCIAL – PESTRAF: RELATÓRIO NACIONAL – BRASIL. BRASÍLIA: CECRIA, 2002.

SOUZA, JEANNE DE AGUIAR PINHEIRO (2017). RELATÓRIO DA REDE DE ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS. DISPONÍVEL EM:<[HTTP://WWW.JUSTICA.GOV.BR/SUA-PROTECAO/TRAFICO-DE-PESSOAS/REDES-DE-ENFRENTAMENTO/7O-RELATORIO-DA-REDE/NETP-PE.PDF/VIEW](http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/rede-de-enfrentamento/7o-relatorio-da-rede/netp-pe.pdf/view)>. ACESSO EM: 15 DE SET. 2018.

SALAS, ANTÔNIO. O ANO EM QUE TRAFIQUEI MULHERES. TRADUÇÃO SANDRA MARTA DOLINSKY. SÃO PAULO: PLANETA DO BRASIL, 2007.

SUSTENTABILIDADE: UMA VISÃO SISTÊMICA SOBRE OS PROGRAMAS DE SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL

Maria do Socorro Cavalcante Paes Barreto

Resumo: Esse estudo tem como foco investigar se sustentabilidade é moda ou tendência? Entender como as empresas estão trabalhando para implantar programas de sustentabilidade e responsabilidade social como novo paradigma de desenvolvimento, ou seja, a mudança de papel das empresas no mundo globalizado; verificar se há ou não dificuldades para a implantação de programas sustentáveis, fazendo uma análise sistêmica em empresas de três segmentos distintos: Automobilístico, Confeção de carpetes para empresas e um grupo que trabalha em diversos setores do mercado como Comunicação, Shoppings Centers e Imobiliários. Comparando sobre as empresas que possuem esse programa em seus objetivos. A coleta de dados se deu através de um questionário com perguntas semidirigidas e como resultado observa-se que empresas estão procurando ser ecologicamente corretas, inserindo em sua cultura maneira de cuidar do ambiente e conclui-se que ser sustentável é uma tendência e não uma moda passageira.

Palavras-chave: Sustentabilidade. Gestão ambiental. Responsabilidade ambiental.

ABSTRACT

This study focuses on investigating whether sustainability is fashion or trend? Understand how companies are working to implement programs for sustainability and social responsibility as a new development paradigm, ie, changing role of business in the globalized world, check whether there are difficulties in the implementation of sustainable programs, making a systemic analysis companies that are on this program in your future goals through a study of companies in three distinct segments: Automotive, Clothing carpet for companies and a group that works in various market sectors such as communication, shopping centers and real estate. Data collection was through a questionnaire with semi addressed. As a result it is observed that companies are looking to be environmentally friendly, by inserting in their culture way to care for the environment and concludes that being sustainable is not a trend and a fad.

Keywords: Sustainability. Environmental management. Environmental responsibility.

INTRODUÇÃO

Sustentabilidade meio pelo qual as empresas e sociedades buscam, no sentido de capacidade, de preservar, manter e sustentar uma condição ambiental melhor. É uma característica de um processo ou de um sistema que permite a sua permanência, em certo nível, por um determinado prazo.

O conceito de sustentabilidade tornou-se um princípio, segundo alguns pesquisadores o uso dos recursos naturais para satisfazer as necessidades dos dias atuais não poderá comprometer as necessidades das gerações futuras, o que faz com que a sociedade, as empresas, os governos vinculem à sustentabilidade no longo prazo, passando de termo indefinido, em princípio. Segundo Fiorillo:

(...) constata-se que os recursos ambientais não são inesgotáveis, tornando-se inadmissível que as atividades econômicas desenvolvam-se alheias a esse fato. Busca-se com isso a coexistência harmônica entre economia e meio ambiente. Permite-se o desenvolvimento, mas de forma sustentável, planejada, para que os recursos hoje existentes não se esgotem ou tornem-se inocuos.

Esse princípio aplica-se a um único empreendimento, a uma pequena comunidade, até o planeta inteiro, mesmo esse programa nas empresas ainda esteja caminhando a passos lentos, faz-se necessário um maior empenho e apoio de todos que compõem uma nação. Para que uma empresa seja considerada sustentável, é preciso que ela seja: ecologicamente correto, economicamente viável, culturalmente aceitável e socialmente justa.

Entretanto, alguns questionamentos surgem como: de que forma ser sustentável e como promover o desenvolvimento sustentável na organização, bem como qual a verdadeira importância da sustentabilidade nas Organizações e para a comunidade global. Ser ecologicamente correto é ser “sustentável”?

A visão empresarial diante da globalização e seus efeitos é algo a ser repensado e elaborado na forma de atingir o ambiente e seus recursos de forma positiva para que o homem possa viver em um mundo no futuro muito mais saudável e consciente dos efeitos causados pelos combustíveis, queimadas e o uso excessivo dos recursos da terra, sem a menor preocupação em repor aquilo que foi retirado, com o fortíssimo crescimento das demandas atuais tanto sociais como ambientais, o consumidor do futuro requer mais posicionamento dos empresários quanto essas questões.

A empresa verde é sinônimo de bons negócios. A partir do momento que as empresas, sociedades, governos enxergarem o meio ambiente como algo importante e sério, eles verão que preservar os oceanos para que a vida marinha e o aquecimento do planeta não venham

a inundar a terra devido ao aumento no nível dos mares, cuidar para que água de qual o planeta dispõe na venha a ser tão escassa que culmine por disputas entre nações por um pouco de água potável, apesar de que já ocorre em alguns lugares, que a energia de qual se dispõe seja proveniente de algum outro mecanismo e não só do petróleo.

É possível que a população mundial confunda sustentabilidade com a baixa na qualidade de vida. Quando na verdade não é. Confunde-se, também, no sentido de dizer que não há crescimento econômico, quando implantado num programa de sustentabilidade nas organizações. O medo de mudar, de se levar o meio ambiente em consideração, é assim ter que “racionar”, “reutilizar” e “reduzir” leva a população mundial a ter consciência quanto sua responsabilidade e atitudes com relação ao meio ambiente. A pesquisa discorre sobre o tema de sustentabilidade tendo em vista o esgotamento dos recursos naturais. Tema este vinculado às empresas e sua responsabilidade social.

Dessa forma, esse trabalho tem como foco investigar se sustentabilidade é moda ou tendência? Entender como as empresas estão trabalhando para implantar programas de sustentabilidade e responsabilidade social como novo paradigma de desenvolvimento, ou seja, a mudança de papel das empresas no mundo globalizado; verificar se há ou não dificuldades para a implantação de programas sustentáveis, fazendo uma análise sistêmica sobre as empresas que estão esse programa em seus objetivos futuros.

A escolha do tema se deu porque com a globalização o mundo está em crescimento constante, às inovações tecnológicas estão levando o homem a utilizar os recursos naturais da terra na intenção de atingirem seus objetivos gerando o esgotamento dos recursos naturais. Estas constantes mudanças e as agressões sofridas e sentidas no ambiente têm levado as empresas, os governos e a sociedade em geral, a repensarem o que estão fazendo para garantir um futuro muito melhor para o planeta.

Empresa sustentável é aquela que gera lucro para os acionistas, ao mesmo tempo em que protege o meio ambiente e melhora a vida das pessoas com quem mantêm interações. As empresas estão analisando os impactos causados pelas atividades empresariais, elas estão procurando adotar práticas sustentáveis em suas gestões, até para garantir a sua sobrevivência.

1. SUSTENTABILIDADE

1.1 Conceitos

Sustentabilidade é um conceito geral que envolve a continuidade dos aspectos econômicos e ambientais de uma sociedade. Os programas de sustentabilidades incentivam a economia auxiliando no crescimento das empresas e, ao mesmo tempo, a preservam da biodiversidade e os ecossistemas de uma forma tal que com o planejamento correto não se tornem escassos

os recursos naturais do planeta que também são grande fonte da economia. Cada ser é responsável pela manutenção dos recursos para do planeta para as gerações futuras.

Algo que deveria ser passado para as crianças, a partir da educação doméstica e de exemplos como os 3R"s: reduzir, reutilizar e reciclar. As empresas têm buscado cada vez mais desenvolver-se sustentavelmente e por isso tem inserido programas sustentáveis em suas políticas e planejamentos. O que é bem visto aos olhos dos consumidores por ser uma tendência global. (FREITAS, 2006).

O crescimento é inevitável, é preciso criar uma estrutura para suportar, de maneira a produzir mais, reciclar mais, conscientizar mais, a população tem agir menos agressivamente em relação ao meio ambiente, pois os recursos naturais são limitados. O benefício de procurar ser sustentável é ser capaz de fazer negócios de forma mais honesta e transparente, e talvez leve a uma consciência de franqueza. E é óbvio que isso aumenta o volume de negócios, mas a mudança não pode acontecer simplesmente por isso, mas, sim, pela convicção de que se pode fazer algo diferença para e por todo, levando as empresas a pensarem em sustentabilidade estimulando-as a se inovarem. "Sustentabilidade nada mais é do que cuidar para que o desenvolvimento econômico não interfira na manutenção dos recursos naturais" (MOURA, 2004). A terra não consegue repor os recursos naturais na mesma velocidade em que é consumida. Por isso a preocupação crescente das empresas em tornarem-se mais responsáveis socialmente e sustentáveis.

De acordo com Freitas (2006, p.56) "a globalização da degradação ambiental e das iniquidades sociais coloca em xeque duas dimensões igualmente importantes e interdependentes que estão na base da definição original de desenvolvimento sustentável". Logo em seguida Freitas também comenta que essas duas dimensões ameaçam o acesso aos recursos naturais e a um ambiente sustentável, de modo a satisfazer as necessidades das gerações presentes e futuras.

Segundo Muhringer e Shayer (2008) "os "5rs" devem ser exercitados: Refletir, recusar, reduzir, reaproveitar e reciclar são ações que expressam de diferentes maneiras de como chegar a em bem comum."

Diante de um momento crítico na história da terra, numa época em que a humanidade deve escolher o seu futuro. À medida que o mundo torna-se cada vez mais interdependente e frágil, o futuro enfrenta, ao mesmo tempo, grandes perigos e grandes promessas. Para seguir adiante, deve-se reconhecer que no meio de uma magnífica diversidade de culturas e formas de vida, somos uma família humana e uma comunidade terrestre com um destino comum. Devem-se somar forças para gerar uma sociedade sustentável global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura de paz. Para chegar a este propósito, é imperativo

que, os povos da terra, declarem sua responsabilidade uns para com os outros, com a grande comunidade da vida, e com as futuras gerações. (Carta da Terra, ONU, 2002).

Desde os primórdios, os recursos naturais da terra eram desperdiçados e ainda são sem qualquer preocupação. As questões ambientais têm correlação direta com os problemas ambientais atuais, bem como perspectivas futuras com as mudanças climáticas e o aquecimento global. (MOURA, 2008, p.01).

Para Giddens (1991, p.09) “é impossível dissociar a constituição das sociedades modernas, em sua complexidade atual, sem levar em conta as consequências dramáticas que a globalização ou os riscos sociais imprimem”, o indivíduo quanto à sociedade inteira, contribuindo de maneira relevante para afetar os aspectos mais pessoais de sua existência. Sua reflexão não está centrada no “eu” fruto de uma abordagem eminentemente psicológica, mas na importância do entendimento dos mecanismos de auto-identidade que são constituídos pelas instituições da modernidade, influenciando também em sua constituição. Por não ser uma entidade passiva, determinada por influências externas; ao forjar suas auto-identidades, independente de quão locais os contextos específicos da ação, os indivíduos contribuem para as influências sociais que são globais em suas consequências e implicações. Com base em dados do passado, a percepção diante da degradação ambiental vem sendo estudo de muitos pesquisadores para que seja possível encontrar soluções plausíveis para explicar o que acontece no ambiente em relação à agressão sofrida e encontrar soluções cabíveis para diminuir / amenizar a falta conscientização para com o planeta. A degradação do ambiente está vinculada com as atividades econômicas praticadas no planeta. Tem alguns agentes relacionados a isso como: lixo ameaça nuclear, crescimento populacional, resíduos radiativos, economia de escala, poluição do ar, água contaminada, poluição do mar, as constantes queimadas, são agravantes que fazem com que a biodiversidade do planeta esteja sendo extintas aos poucos seja ela animal ou vegetal. A crise ambiental e o princípio da sustentabilidade. Esses dois tópicos são Marcos para que se possa responder o seguinte questionamento: o que é sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável e qual sua importância nas organizações e para a comunidade global?

Segundo Leff (2004) “o princípio da sustentabilidade surge no contexto da globalização como a marca de um limite e o sinal do processo civilizatório da humanidade”. A crise ambiental passou a investigar e indagar a racionalidade e as teorias que impulsionaram o crescimento econômico, esquecendo a natureza. A sustentabilidade surge, assim, como um critério vantajoso e normativo para a reconstrução da ordem econômica como uma condição para a sobrevivência humana e um suporte para chegar a um desenvolvimento duradouro.

1.2 Mudanças de Papel das empresas no mundo globalizado

As empresas visando à manutenção de seus lucros e pensando na sociedade como um todo iniciam suas intervenções sustentáveis na sua produção. Empresas que desde muito tempo se preocupam com o meio ambiente, reaproveitam seu material e até de seus concorrentes para que a poluição e degradação do ambiente se minimizem.

A busca por soluções vem sendo estudada há um muito tempo, para explicar isso Moura (2004) em seu Livro sobre Questão Ambiental cita um exemplo histórico ocorrido no ano de 1952 entre os dias 4 a 13 de dezembro, na região de Londres, capital da Inglaterra. Onde grande parte das indústrias, sobretudo as de gerações de energia elétrica, e residências, usavam carvão para produção de energia, que, em sua queima, sem posterior tratamento dos gases, emitia uma grande quantidade de enxofre e materiais particulados na atmosfera, ocasionando um fenômeno denominado smog.

“A transformação e a influência ecológica nos negócios se fazem sentir de maneira crescente e com efeitos econômicos cada vez mais profundos. As organizações que tomarem decisões estratégicas integradas à questão ambiental e ecológica conseguirão significativas vantagens competitivas, quando não, redução de custos e incremento nos lucros a médio e longo prazo.” (TACHIZAWA, 2005). O mesmo autor ainda ressalta que a gestão ambiental e a responsabilidade social, enfim, tornam-se importantes instrumentos gerenciais para que as empresas tenham capacidade de criar condições de competitividade dentro do mercado qualquer que seja seu segmento econômico.

Segundo Tachizawa (2005) “a partir do momento que empresas começarem a enxergar o meio ambiente como seu principal desafio e como oportunidade competitiva, maior será a chance de que sobrevivam”.

Com o crescimento acelerado das áreas urbanas é constante a preocupação dos órgãos governamentais e da sociedade em geral quanto à qualidade de vida da população. Isso tem estimulado importantes articulações para uma gestão democrática das cidades, um planejamento urbano ético, o direito à cidadania, ou seja, condições de vida urbana digna para todos os cidadãos (SCHOENBAUM e ROSEMBERG, 1991 apud FERREIRA, 2003).

As áreas urbanas em todo o mundo são consideradas locais privilegiados para: Geração de empregos, inovações, e ampliação das oportunidades econômicas. No marco dessas transformações, uma parcela significativa da população passou a ter acesso a um nível de consumo e riqueza sem precedentes (MILBRATH, 1989 apud FERREIRA, 2003). A sociedade é dividida entre aqueles que fazem parte de uma parcela da população que tem nível de vida e consumo elevado, a outra parte de nível moderado e uma terceira parte que estão em áreas consideradas excluídas.

Segundo Orr, 1992 e Cahn, 1995 (apud Ferreira, 2003) nessa face urbana onde estão os excluídos, são aqueles não conseguem satisfazer suas necessidades materiais básicas.

Ainda que de forma diferenciada, cidades do mundo defrontam-se com esse quadro de exclusão-inclusão.

De acordo com Ferreira (2003) dessa forma, criam-se espaços públicos, socializa-se a vida urbana e crescem zonas privatizadas, aumenta a oferta de serviços públicos, mas também, aumenta o número de pessoas que vivem ilhadas em degradadas e periféricas áreas.

São Paulo uma metrópole que concentra cerca de 10% da população do país, não tenha realizado um diagnóstico geral de suas condições ambientais. Tal fato é notável porque a deterioração ambiental paulistana ocupa, há algum tempo, o centro das preocupações de seus habitantes e, apesar de historicamente negligenciada pelo poder público, está entrando na ordem do dia de suas agendas (FERREIRA, 2003).

Um dos aspectos mais facilmente percebidos na degradação ambiental da cidade é a má qualidade do ar. A CESTEB (Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental) iniciou os trabalhos de monitoramento do ar há quase duas décadas (FERREIRA, 2003), e se observa que a maior parte da região metropolitana não tem apresentado ao longo dos anos, níveis de poluição que ultrapassam a média anual aceitável pela legislação brasileira.

Por causa da poluição intensa no Brasil, principalmente no município de São Paulo, optou-se pela criação de uma Assessoria Especial de Meio Ambiente, ligado diretamente ao gabinete da Prefeitura (FERREIRA, 2003). Essa assessoria tinha o papel de coordenar à distância a implementação e discussão de projetos nos outros municipais. Fez o município participar das Conferências das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Mesmo tentando amenizar a situação da poluição, mas devidos às demandas ambientais serem grandes e dado à gravidade da situação socioambiental da cidade de São Paulo, a atuação da assessoria foi claramente irrelevante.

A situação ambiental é preocupante e os mais diferentes países e governos têm levado a sociedade a agir contra essa degradação, incluindo nos programas do governo temas que intensificam a sustentabilidade, inclusive em São Paulo, fazendo muitas empresas a colocarem em suas atividades, ações contra a destruição da natureza e a limpeza das grandes cidades, ou seja, ser sustentável é um dever de todo o homem, preservar e cuidar do futuro do país e do mundo, fazer do planeta um lugar mais limpo e respirável. "A expansão da consciência coletiva com relação ao meio ambiente" (TACHIZAWA, 2005) faz do homem um ser mais sensível, e começa a ver que o planeta precisa de ajuda e que só depende da boa vontade de uma grande parte para que o mundo sobreviva e tenha condições de se expandir cada vez sem sufocar sua população.

Segundo Ruschmann, é possível o desenvolvimento sustentável atual, sem comprometer a possibilidade do usufruto dos recursos pelas gerações futuras (World Commission of Environment and Development, 1987). A determinação de padrões e normas é a seguinte: Níveis aceitáveis de ruídos; padrões mínimos de qualidade do ar e água; níveis essenciais de

preservação da vida em lagos, rios e ambientes marinhos; ações para proteção de certos tipos de ecossistemas; padrões arquitetônicos; controles de propaganda do ar livre; proibição de lançamentos de lixo; coleta e tratamento do lixo e etc. (RUSCHMANN, 2001).

Empresas não devem satisfações apenas aos seus acionistas. Muito pelo contrário. Elas precisam prestar contas aos funcionários, à mídia, ao governo, ao setor não governamental e ambiental e, por fim, sociedade em geral. As organizações só têm a ganhar incluindo na sua cultural e estrutura organizacional novos parceiros sociais em seus processos decisórios. Uma conversa mais clara e participativa representa uma mudança de comportamento da empresa e um significa maior legitimidade social.

Pesquisa realizada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) e do IBOPE revela que 68% dos consumidores brasileiros estariam dispostos a adquirir um produto mais caro, mas que não agredisse o meio ambiente, mas convêm dizer que isso ainda é muito acanhado, que a população mesmo sabendo que é preciso correr contra o tempo para melhorar o ambiente em que vive, não consegue deixar de consumir as novidades que surgem a cada dia no mercado como: Automóveis, tv"s, computadores, celulares e etc., são apenas alguns exemplos.

1.3 Responsabilidade Social

Segundo Tinoco, 2001 (apud Tachizawa, 2005) o conceito de responsabilidade social deve enfatizar o impacto das atividades das empresas para os agentes com os quais interagem (stakeholders): Empregados, fornecedores, clientes, consumidores, colaboradores, investidores, competidores e comunidade".

Do contrário do que se pensam os recursos naturais não são infinitos. As matérias- primas, minérios, madeiras e alimentos estão em escassez progressiva e a "água será um dos maiores problemas do século, passando a água a ser vista como uma commodity cada vez mais elevada" (MOURA, 2008, p.17).

A idéia de responsabilidade social incorporada aos negócios é portanto, relativamente recente. Com o crescimento acelerado de demandas por bens e serviços e uma pressão maior por transparência nos negócios, empresas se vêem forçadas a adotar uma postura mais responsável em suas ações.

"O desenvolvimento sustentável foi sendo legitimado, oficializado e difundido amplamente com base na Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente e o desenvolvimento elaborado no Rio de Janeiro em 1992" (LEFF, 2004, p.16). Uma empresa que trata a natureza com respeito, cuidando dos recursos naturais, preservando o ar, a água, a terra, o verde é vista pela sociedade como uma empresa ecologicamente correta e socialmente justa, que utiliza as riquezas do presente, mas preservando o ambiente para o futuro.

Satisfazer as necessidades e as aspirações humanas é o principal objetivo do desenvolvimento. Nos países em desenvolvimento, as necessidades básicas de grande número de pessoas – alimento, roupas, habitação, emprego – não estão sendo atendidas. Além dessas necessidades básicas, as pessoas também aspiram legitimamente a uma melhor qualidade de vida. Para que haja um desenvolvimento sustentável, é preciso que todos tenham atendido as suas necessidades básicas e lhes sejam proporcionadas oportunidades de concretizar suas aspirações a uma vida melhor (PHILIPPI, 2001, p. 304).

1.4 A atividade econômica empresarial e a questão socioambiental

A atividade empresarial (pública ou privada), levando em conta suas diretrizes e estruturação, se configura num elemento intimamente relacionado ou responsável, pelo estímulo e movimentação dos agentes de empreendedorismo além do próprio desenvolvimento sócio-econômico regional ou nacional. Diante disto, o Direito Empresarial e Econômico regulamentam estes comportamentos e o campo de atuação dos agentes econômicos (público ou privados), definindo regras estruturantes institucionais, princípios de interpretação de seus sistemas proporcionando um verdadeiro ordenamento de micro e macroeconomia, no cerne do qual se desenvolvem as leis empíricas próprias, entendidas como leis do mercado.

A grande questão é que esta atuação dos agentes econômicos ocorre em um contexto não limitado ao critério econômico puro, mas também por valores éticos, sociais e ambientais. A conclusão decorre da própria Constituição Federal do Brasil, quando em seu artigo 219 prediz que: “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”. Derani ressalta, ainda, o artigo 170 da Constituição, o qual determina uma ordem econômica com a finalidade de assegurar a todos com uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

A questão encontra interpretação realizada pelo Ministro Celso de Mello na ADI 3.540 a qual, embora se refira ao meio ambiente no foco da decisão, traz ao centro o valor social, representado tanto por meio das próprias modalidades de meio ambiente quanto, em especial, no tocante a tutela da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população:

A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, esta subordinada, dentre outros princípios gerais, aquele que privilegia a defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio

ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. (ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1-9-05, DJ de 3-2-06)

Desta reflexão entre as esferas social e ambiental é que o presente artigo extrai o que passará a designar por “questão socioambiental”. O preceito preconizado pela norma constitucional refletirá na necessidade de assimilação de uma responsabilidade empresarial que passará a considerar os critérios socioambientais (responsabilidade socioambiental corporativa). De modo prático, objetiva-se a analisar a atuação empresarial, eminentemente econômica na alocação dos recursos, e discutir se tal atividade pode (ou deve) contribuir para o desenvolvimento sustentável a partir de uma gestão socialmente compromissada em desempenhar papel fundamental para a valorização do aspecto socioambiental. A situação conflituosa verificada deve ser apreciada sob a lógica e Teoria do Direito, sendo certo que o conflito poderá encontrar diferentes respostas à partir das variações teóricas aplicadas. A tentativa de analisar a questão sob o viés da metodologia econômica pretende conceber uma possibilidade de vinculação dos conceitos de eficiência econômica ao de desenvolvimento sustentável.

A ordem jurídica brasileira trata com esta questão junto ao artigo 225 da Constituição, ao determinar estrita observância ao desenvolvimento sustentável, consubstanciado num acesso equitativo aos recursos naturais, para as gerações presentes e futuras. Sachs trabalha com o conceito de desenvolvimento sustentável através do atendimento de três pilares fundamentais: relevância social, prudência ecológica e viabilidade econômica.

Em pesquisa realizada foi possível verificar que a luta por um planeta mais sadio está como foco principal de diversos governos do mundo. Temo objetivo de melhorar e amenizar as agressões que as empresas produzem a terra, essa norma prioriza a responsabilidade social das empresas para com a sociedade. Ela foi desenvolvida em outubro de 1997 pelo Órgão de Credenciamento do Conselho de Prioridades Econômicas (CEPAA), que está ligado à Organização das Nações Unidas (ONU), a SA 8000 é uma norma internacional que norteia o gerenciamento de políticas e procedimentos relacionados à responsabilidade social. Consiste em uma metodologia auditável, o que viabiliza a mensuração de sua real prática, passível de certificação.

Esta norma não representa uma legislação. Os métodos nela descritos devem contemplar a legislação nacional vigente, e estão sujeitos a alterações e revisões periódicas, de acordo com a ocasional identificação de novas necessidades influenciadas pelo ambiente interno e

externo das organizações e sociedade em geral. Essa norma atinge a empresa, seus fornecedores e empresas terceirizadas.

“A SA 8000 é uma importante ferramenta para a habituação das empresas com práticas socialmente responsáveis baseada em pilares éticos e morais, como também, um divisor de águas entre empresas idôneas e oportunistas. Um padrão que em breve se tornará exigência indireta do consumidor, que, com uma ação efetiva conseguirá atingir padrões de legislação. (PESSOA, 2008).”

Responsabilidade social e o conceito de desenvolvimento sustentável se correlacionam. Uma atitude responsável em relação ao ambiente e à sociedade garantem a não escassez de recursos, e também um amplo conceito de cuidar natureza como um bem comum. O desenvolvimento sustentável não só se refere ao ambiente, mas incrementam parcerias duráveis, divulgam a imagem da empresa positivamente e por fim leva ao crescimento de toda uma nação. Uma postura sustentável ela torna-se preventiva e possibilita a diminuição de riscos futuros, como impactos ambientais ou processos judiciais.

Sustentabilidade é a palavra do século. Não se estar falando do futuro, mas sim do presente. Todos devem saber que a atividade humana fatalmente produz muitos resíduos, principalmente lixo proveniente de atividades domésticas, industriais e da construção civil. Tudo que se transforma, em processos antropogênicos, gera produtos desinteressantes. O que se deve fazer com isso? Em geral, o transporte desse lixo infelizmente inviabiliza economicamente a reciclagem do mesmo, principalmente em cidades como São Paulo, que produz quantidades astronômicas de resíduos e possui apenas uma estação cadastrada para reaproveitamento de resíduos da construção civil, por exemplo. Imagine se vale a pena pagar para um caminhão transportar lixo no trânsito caótico de São Paulo (ver post do dia 09/09) por um percurso de, em alguns casos, 40 quilômetros! Inviável... (www.mundodovestibular.com.br: professor João Ferreira e Serafa – Sustentabilidade Ambiental).

2. MATERIAL E MÉTODOS

Esse estudo configura-se em um estudo qualitativo realizado em três empresas de segmentos distintos: Automobilístico, Confecção de carpetes para empresas e um grupo que trabalha em diversos setores do mercado como Comunicação, Shoppings Centres e Imobiliários. Os dados foram coletados através de um questionário com perguntas semi dirigidas que após serem analisadas buscou-se um diagnostico buscando entender se as empresas consideram a Sustentabilidade: Moda ou Tendência?

3. ANÁLISE DE RESULTADOS E DISCUSSÃO

A Fiori Veículos é uma empresa com mais de 20 anos de existência. Foi aberta em 1991, em Recife. Faz parte de um grupo sólido chamado PARVI com mais de 80 lojas distribuídos por todo o Brasil. São exemplos de algumas bandeiras de marcas de veículos que fazem parte: Fiat, Peugeot, Bremen, Mercedes Benz, Ford, Toyota e entre outras.

A missão da empresa consiste em ser valorizada pelos colaboradores, clientes, parceiros comerciais e comunidade, revelando um exímio comprometimento com o crescimento e desenvolvimento das pessoas.

A visão é ser uma empresa líder em qualidade e volume de vendas, com participação representativa nos mercados de atuação.

Tem seus valores alicerçados em três pontos:

- Simplicidade: ser objetivo e claro ao lidar com seus clientes internos e externos.
- Comprometimento: empenho na execução das atividades.
- Melhoria e superação contínua: Entender o que se faz e o que se espera da sua atuação, questionar sempre e aperfeiçoar, superando os próprios limites.

É uma empresa que está sempre procurando ser sustentável, foi implantado em sua estrutura organizacional o Programa de sustentabilidade, onde envolve todos os setores.

Em uma pesquisa realizada pelas alunas do curso de Graduação em Administração da FASH, foi passado um questionário para saber até onde iria sua participação no que se diz respeito a ser ecologicamente correto, salientando sua responsabilidade para com a sociedade em geral. Nesse questionário foi observado que existe uma preocupação quanto à separação do lixo, 100% da empresa tem em seus setores recipientes para a separação do lixo. A coleta é feita semanalmente, mas aceitação quanto a esse programa ainda precisa ser melhorada, existe uma aceitação média, pois muitos não olham com seriedade essa tendência. Para a empresa, esse programa é importante, com isso é realizada reuniões mensais com todos os colaboradores, fornecedores, acionistas para mostrar como a sustentabilidade irá contribuir para um mundo melhor. É utilizada a Internet para fazer divulgação sobre esse programa implantado dentro da empresa. O reaproveitamento dos recursos utilizados na empresa engloba de 20% a 40% dos materiais que passam por uma reciclagem e são reutilizados. O montante investido nesse programa está em torno de R\$ 5.000,00 mensais. A importância de ser sustentável para a empresa é alta, não é à toa que ela tem um percentual acima de 30% de repassar aos seus consumidores as informações de adesão a esse novo programa. Tendo em vista os retornos, pode-se observar que em relação ao Marketing, favorece em 60% o investimento em propagandas e anúncios sobre ser sustentável, em relação ao financeiro a redução dos custos de materiais em torno de 50% devido a muitos materiais reciclados, quanto à produção, o retorno fica meio que nulo, por se tratar de uma revenda e não de uma indústria e por fim a imagem da empresa tende a

melhorar a cada dia, ultrapassando os 100%, pois diante da sociedade será vista como uma empresa séria e que enxerga o meio ambiente, retira dele o que é necessário, mas ao mesmo tempo, incentiva a reposição do que foi retirado. Com isso verifica que é séria a forma como a Fiori Veículo encara a sustentabilidade. Tudo é repassado, seja através de reuniões, Circular (intranet), folders e conscientização por parte dos que fazem parte do quadro funcional desde o jardineiro até a alta diretoria.

Já a InterfaceFLOR sempre esteve voltada ao futuro, estava claro desde o início, quando Ray Anderson iniciou sua carreira com a ideia de carpetes modulares. Nos anos 70, falar sobre carpetes modulares era uma ideia absurda em um mundo de carpetes em rolo. Considerado uma epifania que ajudou a InterfaceFLOR a compreender que nosso futuro, o futuro dos negócios e de toda a indústria, deve ser sustentável. A revisão que fizeram na metade do caminho mudou o curso de nossa empresa.

As Sete Metas:

1. Eliminar Desperdícios
2. Emissões Benignas
3. Energia Renovável
4. Fechar o Ciclo
5. Recursos Eficientes para o Transporte
6. Sensibilizar a Comunidade
7. Redesenhar o Comércio

Isto significa entender completamente aquilo que se faz, utiliza, elabora-se e desperdiça e como essas ações afetam o balanço da natureza e também às crianças. Isso significa proteger, restaurar, inovar e educar. E também implica criar produtos de alto desempenho, com integridade e responsabilidade. Ainda não se chegou ao nível zero. Na verdade, a InterfaceFlor está na metade do caminho, e o progresso nesse momento produziu avanços ambientais em todas as áreas dos negócios. Os esforços que realizam se não fosse atrelado ao trabalho deles para cumprir esta promessa se encontram impulsionados pelo conceito desenvolvido por Ray Anders: As Sete Metas de Sustentabilidade.

Sustentabilidade não é mais uma conversa sem importância que possa ser deixada de lado, é um tema central. A natureza é a principal influência da empresa. Ao mesmo tempo em que para empresas novas que estão desafiando as formas antigas de fazer negócios percebe-se que o papel pouco usual com o que trabalham, com exemplos e conselheiros, reporta que ao moldar o futuro também moldam o futuro dos negócios. A Missão Zero nos dá propósito e clareza a um caminho que não é só nosso. É um esforço coletivo para uma mudança significativa. O progresso que alcançamos pela sustentabilidade, não é apenas o resultado de um desenho inovador ou de avanços na fabricação. Deve-se também à nossa gente. Não

importa se você fala com uma pessoa da fábrica ou do administrativo, o único que você escutará nas vozes dos associados da InterfaceFLOR será um nível não usual de compromisso e investimento pessoal. Isto se deve ao fato de que não consideramos o que fazemos como um trabalho. Consideramos algo tão simples como fabricar carpetes, como nossa forma de fazer a diferença no mundo. Isso nos une e cria um foco coletivo que necessitamos para poder levar a sério a Missão Zero. Convert™. É o melhor que conhecemos no sentido mais puro da palavra. Convert™ é a nova plataforma de desenho da InterfaceFLOR, que marca o passo seguinte à Missão Zero. Ao criar e utilizar o primeiro recurso responsável de nylon pós-consumo, incluindo nylon 6 e 6.6, Convert reflete os princípios de desenho de David Oakey, onde menos é verdadeiramente mais e que carpetes modulares de alto desempenho não deveriam fazer nenhum mal ao planeta, que considerar o ciclo de vida completo de tudo o que fazemos deve ser nossa maior responsabilidade de desenho.

O JCPM é um conglomerado de empresas brasileiras com sede em Recife, atua nos setores de Comunicação, Shopping Centers e Imobiliário, além de manter e desenvolver importantes obras de alcance social, através da fundação Paes Mendonça que atua na Serra do Machado, interior de Sergipe. Sua População conta com serviços sociais básicos de excelente qualidade nas áreas de educação, saúde, esportes, cultura, qualificação profissional e geração de renda. Em relação ao Imobiliário tem a filosofia de desenvolver projetos onde a tecnologia e modernidade sejam marcas diferenciadoras, aplicadas em benefício da comunidade em que atuam. Na Comunicação através do Jornal do Comércio, primeiro lugar em circulação e considerado um dos jornais de maior credibilidade do Brasil, está sintonizado com as frequentes mudanças no País; existe também, NE10 maior portal do norte/nordeste com diversos sites parceiros, com equipes de marketing e tecnologia; tem ainda a TV Jornal com 12 programas locais, ela tem uma importância por valorizar o Estado, com diversos programas: humor, culinária, jogos, entretenimentos, jornalismo, variedades e outros; Rádio Jornal tem o compromisso de levar aos ouvintes informações, entretenimentos e prestação de serviços com qualidade; por fim JC/CBN transmite 24 horas por dia notícias do Brasil e do mundo, fala sobre políticas, economia e abordam outros temas como ciências, comportamento, cultura, esportes, saúde e variedades.

Ao questionário aplicado, percebe-se a grande preocupação do grupo JCPM quanto ao meio ambiente e a sociedade. O grupo investe alto no programa de sustentabilidade, os recursos utilizados ultrapassam à casa dos R\$ 20.000,00. Este investimento está distribuído em todos os outros empreendimentos do grupo, tendo, assim, o nível de aceitação bastante alto por todos que fazem parte do JCPM. O reaproveitamento dos recursos utilizados está acima dos 40%. O fato de ser sustentável é essencial, com isso são feitas reuniões mensais informando sobre a importância de ser sustentável e ter uma responsabilidade para com a sociedade. A

responsabilidade social está inclusa na cultura da organização, percebe-se que 100% dos setores tem coletores seletivos do lixo, sendo feita a coleta semanalmente. Por isso as informações repassadas são fundamentais para expressar o sentimento por um ambiente mais limpo, isso ocorre através de vários meios de comunicação (TV, rádio, internet, jornais), como também, através de seus produtos e/ou serviços que giram em torno de 30% a 50%. A consequência disso é a importância de se ser sustentável seja tão alto dentro do Grupo. Por fim o retorno esperado é buscar a perpetuação dos negócios, cumprindo com a legislação e impactando o menos possível o meio ambiente. Com isso o marketing é consequência, juntamente com a imagem da empresa.

No quadro abaixo é possível visualizar o consolidado dos resultados das empresas pesquisadas

Quadro 1

Perguntas realizadas	Fiori	InterfaceFlor	Grupo JCPM
Investimento em sustentabilidade	5.000	10.000	20.000
Retornos com a sustentabilidade	100%	100%	100%
Coleta seletiva	Semanalmente	Semanalmente	Semanalmente
Percentual de reaproveitamento	20% a 40%	100%	100%
Aceitação ao programa	Médio	Alto	Alto
Reuniões para abordagem do tema sobre sustentabilidade	Mensalmente	Mensalmente	Mensalmente
Meios de comunicação para informação que a empresa é sustentável	Internet	Internet	Internet, Rádio, Tv e Jornais.
Importância da sustentabilidade para o objetivo empresarial	Alta	Alta	Alta
Percentual das informações repassadas aos consumidores	30% a 40%	50% a 80%	100%
Distribuição dos coletores de lixo nos setores da empresa	100%	100%	100%

Fonte: Dados baseados no questionário aplicado nas empresas

O quadro acima ilustra a preocupação das empresas quanto à preservação e reconstrução do ambiente. A junção dessas três empresas foi possível perceber que todas estão alinhadas

por um futuro do país e do mundo mais organizado e habitável. Lutar por um mundo melhor, um ambiente mais limpo é o desejo de muitos empresários que levam a sério a sustentabilidade e a responsabilidade social. Conclui-se que Sustentabilidade não é uma moda que vem e passa é uma tendência do futuro prospero. O homem precisa se conscientizar que o mundo tá pedindo socorro e é preciso agir rápido para que dentre de alguns anos seja possível viver dentro de um planeta respirável, com água para todos e riqueza em proporções iguais.

Quadro 2



Fonte: imagens do google sobre sustentabilidade empresarial.

Esse quadro 2 ilustra perfeitamente como deve ser alicerçada a sustentabilidade empresarial. Tudo se inicia a partir do momento em que a sabedoria está “acima” do empresário, ele usando dessa ferramenta irá alcançar o objetivo estratégico da empresa, ser excelência e referencial no mercado no qual está inserido como sendo ecologicamente correto. Tendo a ética, o comprometimento, a tecnologia apropriada alinhada com sua cultura organizacional, ele terá uma responsabilidade socioambiental digna de ser copiada. Só assim, terá as bases das organizações sobre pilares fortes e gerar futuros profissionais que estarão abraçados ao programa de sustentabilidade e levarão aos futuros empresários, empreendedores, trabalhadores aquilo que adquiriram dentro da empresa que encara o ser sustentável como algo sério e vantajoso, e mostrarão como é importante repor aquilo que se retira da natureza e reaproveitar o que antes era descartado.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término da pesquisa verificou-se o empenho que as empresas estão tendo quanto a ser ou não sustentáveis. Elas procuram investir nesse programa, incluem novas formas de

repassar ao seu quadro funcional informações e conhecimentos sobre sua responsabilidade para com a sociedade, informações essas que são transmitidas aos seus clientes através de seus produtos ou serviços. Mas vale salientar que não é nada fácil implantar um sistema desses dentro da empresa, a aceitabilidade ainda está muito lenta, mas como se sabe as dificuldades para qualquer tipo de mudança dentro da empresa sempre vão existir, todavia é importante manter o foco nesse novo paradigma de se tornar uma organização que preza por um ambiente mais saudável e que tem isso como um dos objetivos principais empresariais. Hoje se percebe que ao visitar essas empresas, a responsabilidade social já está sendo bem vista por uma grande parte, coisa que antes era pura demagogia, atualmente está se tornando comum a coleta seletiva do lixo, a preocupação de como reutilizar os materiais, de como evitar o desperdício de água, luz, papel, copos descartáveis, ou seja, se cada um fizer a sua parte certamente o futuro do mundo estará garantido.

Se uma empresa não é responsável pelo ciclo de vida daquilo que produz, então ela não está fazendo o que o mundo requer hoje. Mesmo que não seja um papel que cada empresa tenha planejado em sua trajetória, há de se seguir um exemplo de como fazer com que a sustentabilidade seja um modelo viável de negócios. Os progressos e os êxitos parecem ser uma fonte de otimismo e energia para muitas empresas reconhecidas. Acredita-se que os líderes devem concentrar-se no quanto ainda falta para alcançar, e não naquilo que já alcançaram. Pode-se perceber que a sustentabilidade não se trata de um modismo e sim de uma tendência inevitável, pois o mundo está despertando para o que se requer dele. Não há mais espaço para que se consumam indiscriminadamente os recursos naturais, muitas vezes não renováveis, sem que haja um planejamento de reposição destes recursos.

Para os futuros bacharéis de direito (que pode abranger o empresarial, ambiental, civil) fica o aprendizado de que é preciso investir alto no meio ambiente e perceber a responsabilidade empresarial em relação ao meio ambiente deixou de ser apenas uma postura frente às imposições para transformar-se em atitudes voluntárias, superando as próprias expectativas da sociedade. Compreender isso é vital para a competitividade, pois o mercado está a cada dia, mais aberto e competitivo. Sustentabilidade faça a sua parte.

REFERÊNCIAS

FERREIRA, LEILA DA COSTA. A QUESTÃO AMBIENTAL: SUSTENTABILIDADE E POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL. SÃO PAULO: BOITEMPO, 2003.

FREITAS, CARLOS MACHADO DE; PORTO, MARCELO FIPPO. SAÚDE AMBIENTAL E SUSTENTABILIDADE. 20. ED. RIO DE JANEIRO: FIO CRUZ, 2006.

GIDDENS, ANTHONY. AS CONSEQUÊNCIAS DA MODERNIDADE. SÃO PAULO: UNESP, 1991.

LEFF, ENRIQUE. SABER AMBIENTAL: SUSTENTABILIDADE, RACIONALIDADE, COMPLEXIDADE E PODER. 3 ED. RIO DE JANEIRO: VOZES, 2004.

MISSÃO ZERO. DISPONÍVEL EM: WWW.INTERFACEFLOR.COM.BR.

MOURA, LUIZ ANTÔNIO ABDALLA DE. QUALIDADE E GESTÃO AMBIENTAL. 4. ED. SÃO PAULO: JUAREZ DE OLIVEIRA, 2004.

MOURA, LUIZ ANTÔNIO ABDALLA DE. QUALIDADE E GESTÃO AMBIENTAL: SUSTENTABILIDADE E IMPLANTAÇÃO DO ISO 14.001. 5. ED. SÃO PAULO: JUAREZ DE OLIVEIRA, 2004.

MURINGUER, SÔNIA MOREIRA; SHAYER, MICHELLE M. LIXO E SUSTENTABILIDADE. SÃO PAULO: ÁTICA, 2008.

PESSOA, GERISVAL ALVES. RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS. AGO 2008. ARTIGO (ONLINE) [HTTP://WWW.ARTIGONAL.COM/AUTHORS/72907](http://WWW.ARTIGONAL.COM/AUTHORS/72907)

PHILIPPI, LUIZ SÉRGIO. A CONSTRUÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. BRASÍLIA: MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2001. V. 5.

RESPONSABILIDADE SOCIAL. DISPONÍVEL NO SITE: WWW.ADMINISTRADORES.COM.BR. SA8000 (SOCIAL ACCOUNTABILITY 8000) É A PRIMEIRA CERTIFICAÇÃO INTERNACIONAL DA RESPONSABILIDADE SOCIAL, 1997.

RUSCHMANN, DÓRIS VAN DE MEENE. TURISMO E PLANEJAMENTO SUSTENTÁVEL: A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE. 7.ED. SÃO PAULO: PAPIRUS, 2001.

TACHIZAWA, TAKESHY. GESTÃO AMBIENTAL E RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA. 3. ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2005.

FIORILLO, CELSO ANTONIO PACHECO. CURSO DE DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO. SÃO PAULO: SARAIVA, 2005.

DERANI, CRISTIANE. DIREITO AMBIENTAL ECONÔMICO. 3. ED. SAO PAULO: SARAIVA, 2008.

SACHS, IGNACY. CAMINHOS PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. 4. ED. RIO DE JANEIRO: GARAMOND, 2002.

SEÇÃO 2: Culpabilidade e Pena

A PENA-BASE DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL: AS DIRETRIZES, A REPROVAÇÃO, A PREVENÇÃO DO CRIME E O (DES)RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, PROPORCIONALIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.

Roberval Santiago Burgos⁷⁸

Orientadora: Profa. Dra. Margarida de Oliveira Cantarelli

Resumo: Iniciada a ação penal e sendo comprovada a prática de uma conduta prevista em lei criminal, o juiz em sua sentença imporá ao réu uma condenação resultante da transformação do crime praticado em punição adjetiva-numérica, segundo as disposições constantes no Direito Penal. Para alcançar o fim acima previsto, o julgador deve obedecer, no preâmbulo de sua disposição sentencial, aos ditames do art. 59 do Código Penal, analisando e demonstrando cada diretriz elencada pelo legislador na citada regra. Após essa decodificação fundamentada, o magistrado estará capacitado a estabelecer a pena-base como presunção à punição final. Essa conclusão primeira deve ser motivada na culpabilidade, nos antecedentes, na conduta social, na personalidade do agente, nos motivos, nas circunstâncias e consequências do crime, bem como no comportamento da vítima, como previsto na citada norma. A exigência inicial da regra processual relativa à punição do criminoso determina não apenas o estabelecimento da pena consoante os termos acima, mas, inclusive, que a condenação seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Indubitável que o Código Penal entrega à atividade do magistrado alguns supostos padrões jurídico-científicos de análises para determinação da pena. Em decorrência dessa afirmação, o presente trabalho investiga a possibilidade do julgador, em sua decisão, atender a indicada previsão legal sem incorrer no desrespeito aos princípios da igualdade, proporcionalidade e da individualização da pena.

Palavras-chave: Princípios. Dosimetria. Pena.

⁷⁸ Mestrando em Direito, Faculdade Damas da Instrução Cristã – FADIC, secretariappgd@faculdedamas.edu.br.

Abstract: Once a criminal action has been commenced and the practice of a conduct established in criminal law has been proven, the judge in his sentence will impose on the defendant a conviction resulting from the transformation of the crime committed in adjective-numerical punishment, according to the provisions of Criminal Law. In order to achieve the above-mentioned goal, the judge must obey, in the preamble of his sentential disposition, the dictates of art. 59 of the Criminal Code, analyzing and demonstrating each guideline listed by the legislator in said rule. After this reasoned decoding, the magistrate will be able to establish the basic penalty as a presumption to the final punishment. This first conclusion must be based on guilt, antecedents, social conduct, personality of the agent, the motives, circumstances and consequences of the crime, as well as on the behavior of the victim, as provided in the mentioned norm. The initial requirement of the procedural rule relating to the punishment of the offender determines not only the establishment of the sentence according to the above terms, but also that the conviction is necessary and sufficient for reprobation and crime prevention. Undoubtedly, the Criminal Code provides the magistrate with some alleged legal-scientific standards of analysis for determining the penalty. As a result of this assertion, the present work investigates the possibility of the judge, in his decision, to comply with the aforementioned legal provision without incurring in disrespect to the principles of equality, proportionality and individualization of the sentence.

Keywords: Principles. Dosimetry. Punishment.

INTRODUÇÃO

No Brasil Colônia as primeiras leis penais que vigoraram foram as ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

Apenas em 16 de dezembro de 1.830, no período imperial, a Assembleia Geral decretou e o Imperador D. Pedro I sancionou a primeira lei penal brasileira, o Código Criminal do Império do Brasil.

Este código, quanto ao estabelecimento da pena, previu as circunstâncias agravantes e atenuantes, delimitando, em seu art. 33, que os crimes praticados seriam punidos em grau máximo, médio ou mínimo, dentro dos limites estabelecidos.

No ano de 1.890, o Generalíssimo Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisório Republicano, mediante Decreto nº 847, instituiu o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, o qual dispunha que nenhum crime seria punido com penas superiores ou inferiores as que a lei ordenava para sua repressão.

O presidente Getúlio Vargas, durante o período do Estado Novo e mediante o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, criou o Código Penal que, em sua redação inicial, estabelecia uma operação bifásica para a punição dos criminosos.

Em seu art. 42, dispunha que competia ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime: determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente, e, fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.

Seguidamente, operava-se sobre a pena-base, de uma vez, todas as circunstâncias legais (agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição de pena) e encerrava-se o cálculo condenatório.

Com a reforma da parte geral do Decreto-Lei nº 2.848, mediante a Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, ainda em vigor, foi estabelecido o critério das três fases.

Segundo a exposição de motivos nº 211, de 9 de maio de 1983, relativa à Lei acima, no novo procedimento fixa-se inicialmente a pena-base, obedecido o disposto no reformado artigo 59 do Decreto-Lei anteriormente indicado.

Por esse novo artigo o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: as penas aplicáveis dentre as cominadas; a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Em seguida, como disciplina o art. 68 do Código em apreço, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; e, por último, as causas de diminuição e de aumento, tanto previstas na Parte Geral quanto na Parte Especial.

Assevera a anteriormente indicada exposição de motivos que o novo critério permite o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz, a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria, com fim à necessária e eficaz reprovação e prevenção do crime.

Diante do novo critério, o magistrado há de registrar em sua decisão os elementos do art. 59 do Código Penal, indispensáveis à dosimetria, com suas respectivas análises relativas ao ilícito, à pessoa e ao passado do acusado, ao comportamento da vítima, aos efeitos sociais da ação criminosa para, enfim, fixar a pena-base.

A pena atinge primordialmente a liberdade de uma pessoa, bem protegido constitucionalmente, portanto, a punição, e sua respectiva execução, devem ser realizadas com total observância aos princípios do direito, pois privam o condenado de direitos fundamentais.

Em decorrência dessa afirmação, o presente trabalho investiga a possibilidade do julgador, em sua decisão, atender a indicada previsão legal, conhecida como circunstâncias judiciais, sem incorrer no desrespeito aos princípios da igualdade, proporcionalidade e da individualização da pena.

Com esse escopo, o primeiro capítulo aborda a relação entre o positivismo jurídico e o código penal e seu reflexo instituidor da unidisciplinaridade das circunstâncias judiciais e da hipotética cientificidade do subjetivo juízo de valor do julgador na estipulação da pena-base.

O segundo capítulo analisa a finalidade da reprovação e prevenção perseguida pelo magistrado em seu preâmbulo punitivo e a consequente prolação de uma sentença penal condenatória incongruente.

No terceiro capítulo, há a assertiva relativa à eficácia jurídica dos princípios da igualdade, proporcionalidade e da individualização da pena aplicáveis à primeira fase da dosimetria da pena.

Por último, o presente trabalho expõe a necessidade da alteração do art. 59, do Código Penal, a fim de retirar de seu texto as circunstâncias judiciais e a finalidade de reprovação e prevenção na prolação da sentença penal condenatória.

1. O POSITIVISMO JURÍDICO E O CÓDIGO PENAL: A UNIDISCIPLINARIDADE DAS DIRETRIZES DA PENA-BASE E SEU JUÍZO DE VALOR.

A punição é o desfecho de uma acusação reconhecida pelo julgador como verídica. Antes da era moderna a pena era executada por meio do sofrimento físico, da dor do corpo, da tortura, do suplício – comumente em forma desproporcional entre o crime e a pena.

Com a modernidade surge o pensamento contraposto de que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já foi cometido (BECCARIA, 2017, p. 52) e a condenação do criminoso, em sua forma-prisão, existente antes mesmo da modernidade, foi eleita como essencial à punição - como uma evolução a uma pena humanitária (FOUCAULT, 2014, p. 223).

A era moderna procura adicionar aos ramos do saber, inclusive do Direito, um conhecimento científico, comprovável, puramente objetivo da realidade.

Kelsen, inserido no positivismo jurídico, em suas notas iniciais na obra Teoria Pura do Direito, propôs garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito, excluindo deste intento tudo quanto não pertença ao seu objeto, a fim de libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos (KELSEN, 1998, p. 1).

Uma das características do Estado dentro dessa nova estrutura moderna do saber foi a de trazer para si a função exclusiva de criar um direito nos moldes da cientificidade unidisciplinar. Nesses trilhos, desponta o direito positivo, o direito dito pelo legislador, caracterizado como um fato avalorativo, independente, puro, nem bom nem mau, e, avançando ainda mais,

ascende o positivismo jurídico extremo, entendendo que uma norma será justa simplesmente por ser válida, por provir da autoridade legitimada para pôr normas (BOBBIO, 2006, p. 137).

Na contínua persecução em aplicar ares científicos ao Direito e, especificamente, ao Direito Penal e à punição do criminoso, o Código Penal estabelece, desde suas letras originais, as circunstâncias judiciais como uma etapa científica inicial à determinação da condenação.

Tais circunstâncias, nesse arcabouço, constituem o método, o caminho do como fazer para atingir o fim determinado (ADEODATO, 2010, p. 75), no caso, a pena-base. Esse caminho é percorrido mediante o comentário crítico do julgador relativamente à reprovação social da conduta do infrator; seu passado; seu comportamento no meio social; ao conjunto de seus atributos morais; seus precedentes psicológicos; aos elementos constituidores do fato ilícito; aos efeitos da conduta do delinquente na sociedade e à contribuição da vítima na realização do crime.

Disso decorre a conclusão lógica de que o Juiz, investigando os dados processuais referentes ao fato, com seus desdobramentos e repercussões, aos seus personagens e circunstâncias, estará apto a proferir uma científica, e, por assim, válida condenação criminal.

O art. 59 do Decreto-Lei nº 2.848 caminha nos horizontes do idealismo, reduzindo o conhecimento ao pensamento, pois a verdade das coisas está menos nelas do que no investigador (REALE, 1972, p. 108). Isso porque as circunstâncias judiciais foram instituídas como vetores de exteriorização do conhecimento do árbitro judicial mediante o pensar alicerçado na unidisciplinaridade jurídica das diretrizes estabelecidas no indicado artigo penal – o direito como a verdade conhecida e exposta pelo investigador dos autos processuais.

O vocábulo disciplinaridade significa a exploração científica especializada de determinado domínio homogêneo de estudo (JAPIASSU, 1976, p. 72). A unidisciplinaridade jurídica significa o fechamento do saber em nome da autonomia do direito frente a outros conhecimentos científicos, com métodos próprios, centralidade no sujeito cognoscente e na ideia do conhecimento claro, objetivo, sistemático - racional (MORAIS, 2011).

Dizemos, por conseguinte, unidisciplinaridade das diretrizes do art. 59, do Código Penal, porquanto não obstante as razões punitivas da pena-base extrapolarem as matérias estritamente jurídicas há, de forma fragmentária, subjetiva e fixada no âmbito das provas apresentadas, a submissão e redução ao menos das ciências psicológicas, sociológicas e pedagógicas à ciência do direito.

Fragmentada, porque utiliza de forma simples e diminuta as complexas unidades do saber pertencentes às diversas ciências envolvidas nos quesitos da primeira fase da análise punitiva.

Subjetiva, posto que não existe qualquer orientação axiológica na preponderância das circunstâncias judiciais umas sobre as outras, mas apenas a discricionariedade de entendimento do magistrado no escalonamento das diretrizes previstas no indicado artigo.

Fixada no âmbito das provas apresentadas, por motivo do procedimento de investigação das diretrizes se encontra reduzido e concentrado aos documentos processuais, à inquirição das testemunhas e ao interrogatório do acusado quando da realização da audiência de instrução. O Código Penal, quando apoia as circunstâncias judiciais no princípio da pureza jurídica, premissa que dirige o direito a uma unidisciplinaridade, não prospera, vez que o direito sempre há de se deparar e se adjuntar às outras ciências (MATTIELLO, 2013).

A unidisciplinaridade jurídica do art. 59 do Código Penal, devidamente fundamentada, como requer a Constituição da República, em seu art. 93, inciso IX, reduz o ideal de justiça a uma cientificidade formal e, para além disso, dispensa ao magistrado um espírito de proprietário do saber e do poder das diretrizes, das unidades, dos objetos de estudo das diversas ciências humanas envolvidas na fixação da pena em sua primeira fase, por motivo de entender competir a ele a exposição do poder da ciência jurídica.

O Juiz ao analisar a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, introduz em sua sentença uma investigação subjetivamente valorativa, não especializada, leiga e superficial, por conseguinte, e contraditoriamente, não científica e injusta, porquanto sua formação tem como inteligência o dizer o direito segundo a Lei, o subsumir o fato à norma, o julgar de forma certa e segura.

2. A FINALIDADE DE REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DA PENA: A SENTENÇA PENAL INCONGRUENTE

A história da humanidade possui registros de penas aplicadas aos infratores nos mais diversos e antigos meios e tempos. Inicialmente, a pena não possuía qualquer finalidade. A pena era uma ação apenas instintiva e, também, de autoafirmação e autoconservação da espécie humana para repelir a perturbação – uma pena primitiva (LISZT, 2007, p.11).

Com o Direito Penal, surge o conjunto de normas que determinam as ações consideradas como crimes e lhes imputa a respectiva pena (BRANDÃO, 2006).

O positivismo jurídico, ao incorporar o cientificismo ao direito, ocupou-se também em responder à pergunta sobre o porquê punir.

Na idade moderna surgem inicialmente três teorias sobre a pena com o escopo de explicar, mas, inclusive, de inculcar utilidade científica à sua existência: a teoria absoluta, a relativa e a eclética.

A teoria absoluta, porquanto se basta em si, também chamada de retributiva, entende ser a pena um castigo ao condenado em razão de sua própria conduta criminosa. A pena é a consequência do mal moral (KANT, 2005, p. 48).

Para a teoria relativa, finalista, utilitária ou preventiva, a pena não tem um caráter único, senão relação, finalidade utilitária de obstar a realização de crimes tanto pelo condenado quanto

pelos demais integrantes da sociedade. A pena tem por objetivo prevenir crimes (BECCARIA, 2017, p. 54).

A teoria eclética, mista, conciliatória ou unificadora, defende que a pena tem o caráter tanto retributivo quanto preventivo.

O estudado art. 59, do Código Penal - após estabelecer que o competente profissional do direito analise, em suma, o passado e os processos mentais do acusado; as razões do comportamento do criminoso e da vítima e as interações do delinquente no ambiente social para bem punir o delinquente -, determina ainda que o julgador estabeleça a pena, sua quantidade, seu regime inicial de cumprimento e sua substituição por outra espécie, se cabível, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Ao definir como objetivo da pena a reprovação e a prevenção do crime, segue o Código Penal a teoria eclética da pena.

O trabalho, especialmente nesse tópico, assume uma atitude crítica ao legislador quando determina, ou melhor, quando atribui ao julgador a tarefa de conceder à sua sentença o caráter pedagógico no que diz respeito à moral tanto em relação ao condenado quanto à sociedade.

Na reprovação do crime, o Código Penal exige que o juiz - utilizando a punição como meio de instruir e conscientizar o criminoso sobre seu comportamento desviante - consiga descortinar o espírito do delinquente mediante o pensar restrito às limitadas questões articuladas no processo, ao ponto de estabelecer, com uma devida operação matemática mental, uma pena tal que faça o condenado sentir-se justa e indubitavelmente censurado - nem mais, nem menos.

Esse fim da pena calculado a partir do método das circunstâncias judiciais resulta numa obscura decisão judicial, cujos valores estão contidos apenas na mente do juiz, bem como num impossível objetivo a ser alcançado pelo magistrado.

Quanto à prevenção, temos que assinalar de imediato que um dos requisitos de validade de uma sentença é que ela deve ser congruente aos sujeitos a quem atinge e a si mesma (DIDIER Jr., 2015, p. 357).

Nesse aspecto, a sentença criminal, ao fixar a vista no caráter repressivo contrai uma incongruência externa e interna.

Externa, por punir em demasia o infrator em razão de somar, àquela condenação que bastaria em termos utópico-retributivos, ainda um tanto de pena que sirva como provérbio para sujeitos externos ao processo - os demais integrantes da sociedade, e, interna, por motivo de inexistir qualquer certeza que tal adição alcance seu objetivo repressivo.

3. A EFICÁCIA JURÍDICA DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

A plena utilização dos princípios no direito brasileiro ainda se encontra em desenvolvimento. Muitos juristas tentam definir o que seriam os princípios jurídicos, mas esse intuito não é objeto do presente estudo. Para desenvolvermos esse tópico acolhemos o conceito de princípio como norma que garante direitos ou impõe deveres *prima facie* (SILVA, 2014, p. 64).

Os princípios possuem eficácia jurídica, poder de identificar e exigir seus efeitos, inclusive o negativo, mediante declaração judicial ou legislativa que invalida qualquer norma que transgrida os efeitos pretendidos pelo enunciado (BARCELLOS, 2011, p. 84).

No que diz respeito à disposição do art. 59, do Código Penal, em referência às diretrizes e aos objetivos de reprovação e prevenção do crime, três princípios ganham destaque: o da igualdade, da proporcionalidade e da individualização da pena.

O princípio da igualdade possui relação direta com o sentimento de justiça. O art. 5º, caput, da Constituição da República, assegura que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

A igualdade visa um justo resultado de ações. A violação desse princípio mais que ofende a Lei, ofende os próprios seres humanos em sua semelhança uns com os outros.

O princípio da proporcionalidade, também chamado de princípio da proibição de excesso, tem por escopo sopesar os meios e os fins para que se evitem restrições abusivas que proporcionem lesão aos direitos fundamentais (MEIRELLES, 2000, p. 86).

A Constituição da República estabelece o princípio da individualização da pena em seu art. 5º, inciso XLVI, dispondo que cabe à lei sua regulação. A Lei Suprema tem texto bastante estreito quanto àquele conceito.

No princípio da individualização da pena a condenação deve ser restrita e pertinente à infração penal cometida. Deve existir sempre um justo equilíbrio entre o crime praticado e a sanção empregada, quer seja em sua previsão legal, quer seja na pena aplicada pelo magistrado em sua sentença condenatória (PRADO, 2017, p. 258). O princípio da individualização da pena é o liame jurídico entre o criminoso e a condenação.

Na determinação da punição a ser imposta ao criminoso os princípios da igualdade, proporcionalidade e da individualização da pena devem estar presentes na condenação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a era moderna a privação da liberdade, punição já existente à época, vem a ser a pena-modelo a ser infligida aos transgressores das leis e a prisão é usualmente utilizada a partir daí.

A lei penal Brasileira, quanto à punição a ser imposta aos condenados por transgressão dos seus preceitos, sofreu alterações desde o seu estabelecimento. Tais modificações

desembocaram no atual critério das três fases: a pena-base determinada pelo julgador dentro dos limites dispostos no Código Penal, o novo cálculo com a inclusão das circunstâncias atenuantes e agravantes e, por fim, a operação de inserção das causas de diminuição e de aumento da pena.

O Código Penal, fruto do positivismo jurídico, persegue com essa formulação o objetivo de atribuir à pena um saber científico específico do direito. Por essa unidisciplinaridade, o Código Penal idealiza uma fórmula de punição iniciada com a classificada circunstância judiciais.

As diretrizes do art. 59, do Código Penal, apoiada na pureza do direito, extrapolam as matérias estritamente jurídicas, submetendo e reduzindo ao menos as ciências psicológicas, sociológicas e pedagógicas à ciência do direito. Essas diretrizes expostas na sentença penal carregam em si uma investigação judicial subjetivamente valorativa, não especializada, leiga e superficial, portanto, apesar de válida juridicamente, injusta.

Essas diretrizes do artigo em análise afrontam o princípio da igualdade por motivo de usualmente causarem uma injustiça nas punições, pois uma sentença condenatória dos infratores de um mesmo crime pode ter dispositivo desigual tão somente por motivo de não ser possível a análise de um único quesito disposto nas circunstâncias judiciais em relação a um dos apenados ou, ao reverso, em virtude da possibilidade de um dos criminosos dispor de melhores meios de comprovar de forma favorável uma das questões determinantes da pena-base.

O mencionado art. 59 dispõe ainda que a condenação criminal deve ter como objetivo a reprovação e a prevenção do crime, adotando o código a teórica eclética da pena.

No estabelecimento da punição o julgador deve ainda adicionar, com uma operação mental, um tanto de pena além da relativa ao crime praticado, com fim de inculcar no espírito do criminoso a moral inserta no direito positivo.

Essa operação mental continua num obscuro cálculo punitivo, apesar dos limites estabelecidos nos tipos penais, porquanto deve também adicionar outro tanto de pena direcionado à sociedade com a finalidade de prevenir o crime e, adiante de exasperar o castigo em virtude da ambição jurídica de efetivar temas alheios ao direito, redundando numa sentença manchada por incongruências interna e externa.

O objetivo retributivo da pena-base viola o princípio da proporcionalidade na medida em que o aumento da condenação do infrator, sustentada na unidisciplinaridade do direito mediante a apreciação das diretrizes do art. 59, do Código Penal, jamais atingirá com total precisão uma quantificada punição que sirva à promoção ética do delinquente e que também corresponda aos mesmos efeitos e ao mesmo alcance da ação criminosa.

Quanto ao objetivo preventivo da pena-base, o juiz, ao procurar equilibrar à didática condenação do criminoso o mesmo peso da bandeja da sociedade, no intuito de evitar futuros comportamentos semelhantes, produz um prejuízo ao princípio da individualização da pena,

porque o castigo legal deve ser limitado e adequado à infração penal realizada, sem ir além do objeto da ação penal instaurada.

Com mais dizeres, a exigência de uma pena-base que sirva à prevenção do crime extrapola o princípio da individualização da pena na medida em que o árbitro judicial, ao perseguir uma punição que seja exemplar à sociedade, adiciona à sua decisão valores externos à causa posta.

O presente trabalho finda com a afirmação da necessidade de alteração do art. 59, do Código Penal, para retirar-lhe as diretrizes e a finalidade de reprovação e de prevenção da pena-base em razão da ofensa que esses preceitos dirigem aos apresentados princípios de direito detentores de eficácia jurídica.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, JOÃO MAURÍCIO. A RETÓRICA CONSTITUCIONAL: SOBRE TOLERÂNCIA, DIREITOS HUMANOS E OUTROS FUNDAMENTOS ÉTICOS DO DIREITO POSITIVO. 2. ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2010.

BARCELLOS, ANA PAULA DE. A EFICÁCIA JURÍDICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 3. ED. REV. E ATUAL. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2011.

BECCARIA, CESARE. DOS DELITOS E DAS PENAS. 2. ED. SÃO PAULO: EDIPRO, 2015.

BOBBIO, NORBERTO. O POSITIVISMO JURÍDICO: LIÇÕES DE FILOSOFIA DO DIREITO. SÃO PAULO: ÍCONE, 2006.

BRANDÃO, CLÁUDIO. SIGNIFICADO POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL. REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL – RBDC. Nº 7 - JAN./JUN 2006 - VOL.1. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.ESDC.COM.BR/SEER/INDEX.PHP/RBDC/ARTICLE/VIEW/312](http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/312). ACESSO EM: 13 DEZ. 2018.

DIDIER JR., FREDIE. CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: TEORIA DA PROVA, DIREITO PROBATÓRIO, AÇÕES PROBATÓRIAS, DECISÃO, PRECEDENTE, COISA JULGADA E ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. 10. ED. BAHIA: JUS PODIVM, 2015. V. 2

FOUCAULT, MICHEL. VIGIAR E PUNIR: NASCIMENTO DA PRISÃO. 42. ED. RIO DE JANEIRO: VOZES, 2014.

JAPIASSU, HILTON. INTERDISCIPLINARIDADE E PATOLOGIA DO SABER. RIO DE JANEIRO: IMAGO, 1976.

KANT, IMMANUEL. CRÍTICA DA RAZÃO PRÁTICA. SÃO PAULO: MARTIN CLARET, 2005.

KELSEN, HANS. TEORIA PURA DO DIREITO. 6. ED. SÃO PAULO: MARTINS FONTES, 1998.

LISZT, FRANZ VON. A TEORIA FINALISTA NO DIREITO PENAL. SÃO PAULO: LZN, 2007.

MATTIELLO, ARIELE CHAGAS CRUZ. DO NORMATIVISMO KELSENIANO À INTERDISCIPLINARIDADE DO DIREITO AMBIENTAL. REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA – 25. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://PORTALSEER.UFBA.BR/INDEX.PHP/RPPGD/ARTICLE /DOWNLOAD/12372/8776](https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/download/12372/8776). ACESSO EM: 10 DEZ. 2018.

MEIRELLES, HELY LOPES. DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO. 25. ED. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2000.

MORAIS, HUGO BELARMINO DE. ENTRE A EDUCAÇÃO DO CAMPO E A EDUCAÇÃO JURÍDICA: A TURMA ESPECIAL DE DIREITO DA UFG. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PUBLICADIREITO.COM.BR/CONPEDI/MANAUS/ARQUIVOS/ANAIS/FORTALEZA/3839.PDF](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anaais/fortaleza/3839.pdf). ACESSO EM: 17 DEZ. 2018.

PRADO, LUIS REGIS. TRATADO DE DIREITO PENAL: PARTE GERAL. 2. ED. REV., ATUAL. E REFORM. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2017. V. 1.

REALE, MIGUEL. FILOSOFIA DO DIREITO. 6. ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 1972. V. 1.

SILVA, VIRGÍLIO AFONSO DA. DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONTEÚDO ESSENCIAL, RESTRIÇÕES E EFICÁCIA. 2. ED. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2017.

A REINTEGRAÇÃO SOCIAL COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DA PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA

Maria Eduarda Frazão Monteiro (Direito/Faculdade Damas da Instrução Cristã) ¹

Orientador: Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira

Resumo: Esse estudo propõe discutir a importância do processo de reintegração do agente – que cumpriu sanção penal privativa de liberdade – na sociedade, tendo em vista a finalidade de prevenção especial positiva prevista no Código Penal brasileiro. Esse processo de ressocialização resplandece a intrínseca relação entre o Direito Penal e a Política Criminal, visto que o delito é um fenômeno tão complexo, de infindáveis nuances e aspectos, que não é possível dar um tratamento simplificado como o operado pela dogmática penal. Essa cooperação é realizada de tal forma que a Política Criminal tenta influenciar os fatos sociais reconhecidos como penalmente puníveis, buscando dar uma resposta ao problema da criminalidade de forma mais eficaz. Desse modo, fala-se na utilização da Política Criminal como forma de profilaxia do delito. Afinal, se a conduta criminal é uma conduta aprendida – de acordo com o desenvolvimento do indivíduo na sociedade –, toda profilaxia criminal deve ser adicionada ao processo de aprendizagem do indivíduo. A reinserção do agente na sociedade não pode ser feita unicamente com base nas previsões penais, pois a formação de ações favoráveis à reintegração dos ex-apanados por meio de programas de formação, eventos culturais, debates públicos, reuniões que incluam os detentos e ex-presos no convívio social são medidas de Política Criminal extremamente importantes para o processo descrito. Esse estudo consiste em discutir sobre o tema e frisar a necessidade da opção pela abertura da prisão à sociedade e, reciprocamente, da sociedade à prisão. Assim, reassumindo a responsabilidade, por parte da sociedade, com aqueles que estão presos. Desse modo, a reintegração social requer a abertura de um processo de comunicação e interação entre a sociedade e a prisão, logo, os cidadãos reclusos poderão se reconhecer na sociedade e esta se reconheça na prisão. Por fim, vale destacar o papel do Serviço Social para o processo de reinserção do agente no meio social, afinal, a assistência social – prevista na Lei de Execução Penal – é uma forma de garantir o mínimo de cidadania e de inclusão social, através da defesa de uma vida digna dentro do sistema penitenciário e priorizando o princípio da humanidade. Com base nisso, é possível perceber que se faz necessário investir em uma mudança cultural-institucional para que a reintegração social seja uma forma de efetivar a prevenção especial positiva, sendo este o principal objetivo do presente trabalho. O método hipotético-dedutivo será utilizado para a elaboração desse artigo, o qual consiste em construir ideias a partir de hipóteses, partindo de proposições mais gerais até o problema específico do trabalho. No tocante à metodologia aplicada, utilizar-se-á artigos e livros estrangeiros e nacionais.

Palavras-chaves: Reintegração social. Política criminal. Execução penal. Prevenção especial positiva.

Abstract: This study proposes to discuss the importance of the process of reintegration of the agent - Who has served criminal deprivation of liberty - in society, in view of the purpose of positive special prevention provided for in the Brazilian Penal Code. This process of resocialization resembles the intrinsic relation between Criminal Law and Criminal Policy, since the crime is such a complex phenomenon, of endless nuances and aspects, that it is not possible to give a simplified treatment as the one operated by the criminal dogmatics. This cooperation is carried out in such a way that the Criminal Policy tries to influence the social facts recognized as criminally punishable, seeking to respond to the problem of crime more effectively. In this way, the use of the Criminal Policy is spoken as a form of prophylaxis of the crime. After all, if criminal conduct is learned conduct - according to the development of the individual in society - all criminal prophylaxis must be added to the individual's learning process. The reinsertion of the perpetrator into society can not be done solely on the basis of criminal prosecution, since the formation of actions favorable to the reintegration of ex-offenders through training programs, cultural events, public debates, meetings that include detainees and ex- prisoners in social life are extremely important Criminal Policy measures for the process described. This study consists of discussing the subject and stressing the need for the option to open prison to society and, conversely, from society to prison. Thus, retaking the responsibility, on the part of society, with those who are imprisoned. In this way, social reintegration requires the opening of a process of communication and interaction between society and prison, so that prisoners can recognize themselves in society and recognize themselves in prison. Lastly, it is important to highlight the role of Social Service in the process of reinsertion of the agent into the social environment, after all, social assistance - provided for in the Criminal Enforcement Law - is a way to guarantee a minimum of citizenship and social inclusion, through defense of a dignified life within the penitentiary system and prioritizing the principle of humanity. Based on this, it is possible to perceive that it is necessary to invest in a cultural-institutional change so that social reintegration is a way to effect the positive special prevention, being this the main objective of the present work. The hypothetical-deductive method will be used for the elaboration of this article, which consists of constructing ideas from hypotheses, starting from more general propositions until the specific problem of the work. Regarding the applied methodology, foreign and national articles and books will be used.

Keywords: Social reintegration. Criminal policy. Penal execution. Positive special prevention.

INTRODUÇÃO

Esse presente trabalho visa estudar a reintegração do condenado sob uma perspectiva da Política Criminal. Foram desenvolvidos três tópicos, ambos, tratam da co-relação da Política

Criminal e da reintegração social, mostrando, assim, a interdependência de um com o outro no intuito de efetivar uma das finalidades da pena que, nesse caso, é a prevenção especial positiva. No primeiro tópico, teremos o primeiro contato com a ideia de Política Criminal e como esta poderia auxiliar, juntamente com a Política Social, na redução da criminalidade, desse modo, tendo como escopo a busca de uma sanção penal mais humana e a aplicabilidade de tais Políticas como forma de melhorar o meio social, o sistema prisional e o próprio detento. No segundo tópico, abordar-se-á a reintegração social partindo da ótica do autor Alessandro Baratta sobre esse processo de retomada do ex-detento à sociedade. E, por fim, no terceiro tópico, falaremos sobre como a Política Criminal pode incidir na Política Penal estabelecida pelo Código Penal brasileiro e, como o Estado pode realizar esses projetos visando à completa e efetiva reintegração do apenado na sociedade o qual ele fazia parte.

1. Política Criminal e Política Social: definição conceitual e as suas influências no intuito de buscar uma sanção penal mais humanitária.

De início, pode-se definir Política Criminal como o conjunto de fatores que buscam reduzir a criminalidade levando em conta outras políticas de responsabilidade do Estado. Em suma, a Política Criminal origina-se da intenção de combater o crime. Sendo assim, a Política Criminal não pode limitar-se somente a buscar penas mais humanitárias, mas, deve-se investigar uma política investida em uma mudança cultural-institucional no intuito de trazer em pauta a igualdade (BATISTA, 2007, pg. 37). Afinal, quando o Estado promove igualdade, desenvolvimento econômico, desenvolvimento de moradia, de educação, tende-se a diminuir os crimes violentos. Nem mesmo a melhor Política Criminal pode erradicar o delito, porém, é possível mantê-lo sob controle. Em todas as sociedades, sempre existirá o delito visto que se perduram grupos sociais - os quais sofrem sanções penais específicas de acordo com seus costumes - e estes, dificilmente deixarão de realizar as condutas elencadas como delituosas (ROXIN, 2002, pg. 89).

Por outro lado, é importante perceber a intrínseca relação da Política Criminal e da Política Social, pois, entende-se que a criminalidade é um problema social. No entanto, a criminalidade como problema social resulta de grandes outros dilemas de cunho social como, por exemplo, a pobreza – que é resultante de um processo de industrialização, da marginalização e da exclusão social devido às disparidades econômicas, raciais e até mesmo sexuais. A partir disso, percebe-se a influência do meio social na eliminação de fatores criminosos, pois a conduta criminal também é uma conduta apreendida e, muitas vezes, influenciada pela sociedade. Sendo assim, é importante existir uma co-relação entre a Política Social (esta, por sua vez, é tratada de forma que o Estado, apesar das grandes dificuldades, procure atender aos seus cidadãos) e a Política Criminal. A cooperação entre essas duas se dá por meio da Política Social como forma de influenciar nos fatores sociais reconhecidos

como criminosos (ZIPF, 1979, pg. 43). Desse modo, o especialista na Política Criminal tem, principalmente, a missão de influenciar – através da Política Social – na modificação de relações de dependência precisamente diagnosticadas na estrutura social e que fomentam o nascimento do crime.

A Política Social em um Estado pode-se dar através de medidas que visem o bem-estar social – sendo essas diligências fundamentais para o processo de socialização de cada indivíduo – como o investimento na saúde, educação, moradia e fornecimento de empregos. Com isso, conclui-se que a delinquência é o resultado de uma falta de oportunidades iguais para todos. Ademais, o problema do delito é bastante complexo e não é possível criar uma teoria capaz de explicar por si só o fenômeno da delinquência, logo, sendo inviável elaborar um programa completo – e até mesmo utópico – que traga em pauta a completa prevenção do delito. Existem inúmeros projetos de prevenção do delito e, acredita-se que a junção destes pode ser uma maneira possível de reduzir os altos números de criminalidade presentes na sociedade. Um dos modelos que esse artigo visa pôr em destaque é o “modelo comunitário” o qual busca conscientizar a população sobre o papel que esta pode desempenhar na prevenção do crime através de uma colaboração efetiva entre a polícia e a comunidade (RODRIGUEZ, 2001, pg. 211).

Uma das formas mais eficazes – que está dentro da Política Criminal – de combater o delito é por meio de educação, de projetos sociais que insiram o indivíduo naquele meio social o qual fazia parte (“visto que várias espécies de sociedades menores espalhadas pelo Brasil”), então essas medidas de Política Criminal deveriam incidir dentro dessas comunidades e propagar um processo de aprendizagem. Analisando a população carcerária, é possível perceber que a composição demográfica da maioria dos detentos é resultado de uma marginalização oriunda de um processo secundário de marginalização – visto que estes já sofriam exclusão social na comunidade a qual estavam inseridos – que intervém em um processo primário, este, é aquele em que o indivíduo sofre alguma discriminação ou tem suas oportunidades limitadas devido à sua condição financeira, raça, opção sexual, linhagem de sangue etc. É fato comprovado que a maior parte dos presos procedem de grupos sociais já marginalizados, excluídos da sociedade ativa por causa dos mecanismos de mercado que regulam o mundo do trabalho. Sendo assim, é importante destacar a educação como um importante mecanismo de socialização e paz social, afinal, a escola – juntamente com a família – é encarregada de transmitir os valores sociais para os indivíduos. Tais instituições de ensino buscam formar sujeitos capazes de transformar a sociedade e, assim, estes, terem a oportunidade de optar pelo ensino, justiça, igualdade e valores sociais em contraposição de apenas tomar a atitude de delinquir (RODRIGUEZ, 2001, pg. 212).

Aplicando a Política Criminal na busca de sanções penais mais humanitárias, percebe-se que há de ser o fundamento de todo Estado social e democrático de Direito a liberdade e a

igualdade. Essa Política Criminal encontra falhas visto que a ideia de “igualdade” não é a mesma para todas, e, esta, é apenas uma meta para atingir-se. Logo, pode-se evidenciar que: “há discriminação, há uma distribuição desigual da criminalização, do poder de definir o criminoso, portanto, não apenas de bens e renda” (BUSTOS, 2012, pg. 2). A partir disso, deve-se haver um processo de redistribuição da criminalização visto que somente uma parcela específica da população e dos crimes são puníveis, observando assim, a “impunidade” de condutas e pessoas perante o Direito Penal – o qual deveria incidir de forma igual para todos. Afinal: “essa distribuição desigual da criminalização, força a considerar o próprio sistema de controle criminal como criminalizante e criminogênico, ou seja, com um abuso ou excesso de violência, e, portanto, requer a realização de sua constante revisão” (BUSTOS, 2012, pg. 2). Dessa forma, o Estado deve buscar formas de igualar as situações e não agir como opressor. Outra responsabilidade do Estado – a qual é estudo da Política Criminal – é de garantir a liberdade, afinal, de acordo com a Política Social, o Estado está a serviço da pessoa e de sua felicidade (BUSTOS, 2012, pg.2). Com base nisso, o Estado deve ter como objetivo, de cunho Político Criminal, estabelecer os limites máximos de liberdade das pessoas inseridas no sistema prisional, pois, quando o agente é sentenciado em uma pena privativa de liberdade, apenas sua liberdade de locomoção está restringida, enquanto que os outros direitos fundamentais devem ser ressaltados. Sendo assim, torna-se proibido a utilização de tratamentos humilhantes e cruéis e especialmente penas desumanas; abordando, também, a proibição de utilizar-se da pessoa como simples objeto.

Por fim, a Política Criminal busca, sobretudo, a efetivação da igualdade para que o índice de criminalidade possa diminuir nos “menores grupos sociais espalhados pelo Brasil”, pois, em virtude de serem marginalizados economicamente, esses grupos acabam cometendo crimes violentos e crimes contra o patrimônio. Afinal, a desigualdade é tão grande que eles não possuem acesso aos meios de produção e ao dinheiro, logo, acabam optando pelo crime para conseguir tais recursos. Vale ressaltar que essas condutas já são consideradas criminosas e é uma forma de “reforço” visando mantê-los nessa situação. Além disso, percebe-se que a reincidência tende a diminuir quando ocorre a completa e eficaz reintegração do ex-detento – logo, tal assunto é de cunho da Política Criminal – por isso, o tema será abordado no tópico seguinte.

2. A reintegração social na visão de Alessandro Barata: a possibilidade de adotar medidas estatais com o escopo de efetivar a prevenção especial positiva e evitar a reincidência.

Antes de começar, cabe destacar que o Código Penal brasileiro adota uma teoria mista em relação à sanção penal – visto que se adota a ideia de retribuição e de prevenção. Percebe-se que uma das finalidades da pena é a prevenção especial – que pode ser dividida em positiva e negativa – a qual, diferentemente da prevenção geral, pretende que somente o

autor do delito não volte a delinquir novamente, logo: “o objetivo da pena é distanciar o condenado de futuros atos criminosos, isto é, evitar a reincidência.” (SÁNCHEZ, 2007, pg. 167). Observando a prevenção especial na vertente positiva, é válido perceber que esta, trata-se da ideia de ressocializar o indivíduo no meio social. Em suma, o objetivo da pena, nessa vertente, é de fazer referência à ressocialização, reeducação, reabilitação e à reinserção social do delinquente e seu tratamento, assim, pode-se considerar “desatualizado” qualquer recurso legitimador de outros meios de prevenção especial baseados na intimidação do delinquente ou sua inocuização por qualquer meio (SÁNCHEZ, 2007, pg. 169). Pode-se citar como modelo de condutas a serem seguidas, visando à prevenção especial positiva, a teoria da defesa social (conhecida também como “direção de Génova”) a qual menciona que: o Estado – para concretizar a ordem pretendida pela lei – não possui o direito de castigar, mas sim, o dever de socializar; a ressocialização deve se realizar com medidas de defesa social preventivas, educativas e curativas; e, essas medidas de defesa social devem conter também meios de prevenção. Desse modo, essas diligências tendem a ser meios substitutivos da sanção penal (SÁNCHEZ, 2007, pg. 175ss).

Em oposição ao que foi citado, tem-se a criminologia crítica que, em síntese, trata-se de uma ciência que trabalha para a construção de uma teoria materialista, econômica e política da criminalização. Vale salientar que o objeto de análise da criminologia crítica passa a ser o seio social e a criminalização passa a ser entendida como um reflexo da história e do modelo socioeconômico presente na sociedade (ZAFFARONI, 1988, pg. 20). É válido ressaltar que a criminalização deteriora o criminalizado – tendo como base que o sistema prisional é uma “escola do crime” efeito chamado de “prisonização”, o que auxilia na criação do estereótipo e na reprodução da criminalidade. A partir disto, a corrente crítica explica a existência de possíveis teses destinadas a rotular pessoas como “criminosas em potencial” – visando auxiliar no controle social da criminalização. Desse modo, além da intervenção estatal como uma forma de prevenção do delito, se fala também sobre a possibilidade da prevenção geral do delito que não se relaciona somente com o fato cometido, mas tem o intuito de antecipar-se do cometimento de atos puníveis. Essa ideia de prevenção atingindo determinadas pessoas incidiria sobre aqueles autores potenciais antes que estes produzam o ato delituoso, de tal forma que essa intervenção seria baseada em um diagnóstico seguro de periculosidade social e a existência de medidas adequadas (ZIPF, 1979, pg. 157). Logo, conclui-se que: “Se, por um lado, a exigência da reintegração social levanta uma reivindicação referente ao humanitarismo em alto grau, não deve ser ignorado, por outro lado, que, na busca desse objetivo, são irrecusáveis importantes intervenções na personalidade do autor durante o curso do processo penal.” (ZIPF, 1979, pg. 42).

A princípio, observa-se que a reintegração na sociedade do recluso/detento significa, antes de tudo, corrigir as condições de exclusão social – a qual os indivíduos já se encontravam

inseridos antes mesmo de praticar o delito – para que conduzi-los a uma vida pós-penitenciária não signifique, simplesmente, como quase sempre acontece, o regresso à reincidência criminal, ou à marginalização secundária e, a partir daí uma possível volta à prisão (BARATTA, 1990, pg. 3). Essa reintegração dos ex-apanados por meio de programas de formação, eventos culturais, debates públicos, reuniões que incluam os detentos e ex-presos no convívio social é uma fórmula muito mais eficaz do que simplesmente punir, deixar o agente preso e depois jogá-lo na sociedade como se nada tivesse acontecido. Ademais, outra forma de possibilitar a reintegração social parte da ideia de “amnésia social”, a qual seria uma forma de ocasionar o desenvolvimento de conhecimentos e condutas que promovem a reintegração social, assim, “esquecendo” a sanção penal imposta no agente.

Para obter uma boa política de reintegração social dos ex-detentos, deve-se ter como objetivo imediato não apenas uma prisão “melhor”, mas também e, sobretudo menos cárcere. Dessa forma, precisa-se considerar como política de curto e médio prazo, uma drástica redução da pena, bem como atingir, ao mesmo tempo, o máximo de progresso e oportunidades já existentes do regime carcerário aberto e de real prática e realização dos direitos dos apenados à educação, ao trabalho e à assistência social, e desenvolver cada vez mais essas possibilidades na esfera do legislativo e da administração penitenciária (BARATTA, 1990, pg. 2).

Em relação ao sistema carcerário, os presídios de segurança máxima explicitam a renúncia do objetivo de ressocializar o agente e reafirma a função de depositar indivíduos – que possuem, segundo o discurso dominante, uma capacidade latente de causar um mal ao meio social – em um lugar onde sua liberdade será restringida. A partir disso, é importante perceber que o encarceramento exacerbado não é um projeto de combater à criminalidade, logo, não se enquadra na Política Criminal e Política Social; de tal forma, evidencia-se nitidamente que: “A realidade prisional apresenta-se muito distante daquilo que é necessário para fazer cumprir as funções de ressocialização e os estudos dos efeitos da cadeia na vida criminal (atestam o alto índice de reincidência) têm invalidados amplamente a hipótese da ressocialização do delinquente através da prisão.” (BARATTA, 1990, pg. 1). Ademais, observa-se que a pena privativa de liberdade não significa em absoluto uma oportunidade de reintegração à sociedade, mas um sofrimento imposto como castigo, esta se fundamenta em um argumento teórico de que a pena deve neutralizar o delinquente e/ou representar o castigo justo para o delito cometido. Dessa forma, a prisão não possibilita resultados úteis para a reintegração do ex-detento e, inclusive, é uma forma de imposição de obstáculos que dificultam o alcance da reintegração. Quando, na realidade: “A prisão pode transformar-se em laboratório de saber social indispensável à emancipação e progresso da sociedade.” (BARATTA, 1990, pg. 8), logo, nota-se que os sistemas prisionais podem exercer diversos papéis de inclusão social como possibilitar debates públicos em seus recintos, incrementar eventos culturais como, por

exemplo, reproduzir filmes com um viés sociológico para futuras mesas-redondas, permitir a entrada de cidadãos que tenham interesse em conhecer os detentos e o local em que estes se encontram, além disso, promover ações voluntárias para ajudar à sociedade e permitir que, de certa forma, a sociedade ajude à prisão. Dessa forma, os presos não sofreriam a “exclusão social” advinda do processo de encarceramento, podendo, assim, estar em contato direto com outros indivíduos que consigam fazê-los sentir-se parte de algo maior (no caso, parte da sociedade). Sendo assim, o grande problema do cárcere é que este devolve para a sociedade um indivíduo “rotulado” sem qualificação, sem acompanhamento social e sem uma boa perspectiva de vida. Desse modo, a forma que o ex-detento encontrará para sua subsistência será ilícita. Conclui-se que quanto mais tempo o indivíduo passar dentro do cárcere, mais laços ele atará com os demais presos e, maior será a sua “qualificação” para o “mercado” do crime, assim, impossibilitando o retorno para o meio social visto que o agente não se identifica com o grande universo de indivíduos que estão do lado de fora das penitenciárias. Portanto, é inadmissível acreditar na possibilidade de melhorar o agente do delito com a imposição de penas ou castigos aliados a um meio, que ao invés de recuperá-lo, ajuda a denegri-lo.

A partir disso, o próximo tópico irá abordar formas diversas de reintegrar o agente no meio social – através de Políticas Criminais associadas ao Código Penal brasileiro – por intervenção de medidas estatais como, por exemplo, a assistência social presente no Art. 22ss da Lei de Execução Penal.

3. A incidência da Política Criminal no Direito Penal: a assistência do Estado com o objetivo de reintegrar o apenado na sociedade.

A princípio, é importante verificar que a Política Penal que o Código Penal brasileiro adota não é o suficiente para cumprir uma das finalidades da pena – que é a prevenção especial positiva, tratada no tópico anterior. Tal Política apenas estabelece crimes e penas, e o máximo de reintegração social ofertada é a progressão de regimes, que, além de insuficiente para cumprir o que promete, tem graves problemas de estrutura, dificultando ainda mais o processo de reintegração. Além disso, grande parte da sociedade tem uma visão um pouco diferente e, de certa forma, equivocada sobre as pessoas que cometem crimes. Diante disso, tem-se o populismo punitivo – o qual busca indicar Políticas Criminais neoconservadoras e conseguir a cumplicidade da opinião pública em material penal – como instrumento de ação política em consonância com a Política Criminal (PERES NETO, 2010, pg. 262). Logo, a Política Penal acaba cedendo às questões relacionadas ao populismo punitivo que acarreta em uma explosão da população carcerária e um aumento da severidade das penas; uma relegitimação das prisões e o fim dos direitos humanos para os réus condenados; ressalta-se também a criação de métodos para tornar o sistema criminal mais eficiente, com baixo custo e, a

produção frenética de estatísticas (para parecer que há neutralidade) visando reconhecer indivíduos perigosos e “áreas de risco”.

Nesse sentido, bastaria uma Política Penal – contendo penas mais severas e graves – e esta seria suficiente para a reprovação (assim, valorizando a prevenção geral negativa, a qual diz que a pena aplicada ao condenado serviria de exemplo para que toda a sociedade não venha a delinquir), além de defenderem a não progressão de regimes – pois deveriam cumprir a pena inteira no regime indicado pela sentença condenatória –, sustentam a ideia de que os ex-detentos não deveriam voltar à sociedade por serem considerados potencialmente perigosos. No entanto, essa visão parte de pressupostos equivocados, pois acreditar que o delito pode ser extinto completamente, unicamente impondo penas severas, é analisar um problema muito complexo sob uma ótica muito restrita. Na verdade, o Direito Penal tem uma função completamente oposta ao que a sociedade ou as pessoas leigas – em relação ao direito – estudam. O Direito Penal é uma forma de proteger o indivíduo contra a sociedade, limitando o poder de punir do Estado, justificando-o apenas em casos excepcionais. Diante disso, é necessário que a Política Criminal – a qual tem uma visão muito mais ampla sobre o problema da criminalidade, uma vez que não observa o crime, somente, a partir de uma única lente (distorcida), como o Direito Penal, mas busca estudar o fenômeno da criminalidade sob as mais diversas óticas, sendo assim, é necessário que essa Política Criminal influencie o Direito Penal e “alimente” o sistema penal com medidas de Política Criminal no intuito de tentar reduzir a criminalidade, nunca simplesmente “extinguir” – intervenha na Política Penal adotada pelo Código Penal brasileiro.

Sendo assim, é válido ressaltar a responsabilidade do Estado a respeito da assistência social ao preso de acordo com o Art. 22 da Lei de Execução Penal. O Estado deve promover uma assistência social que contribua para a reinserção social do preso na sociedade, assim, dispondo do serviço social como instrumento-meio para essa reintegração. Como diria Júlio Mirabete (2004): “O serviço social é arte de adaptar o homem à sociedade e a sociedade ao homem”. Assim, tem-se a assistência social que objetiva “ajudar o outro a se ajudar”, logo, o amparo às famílias dos presos e do internado tem repercussão sobre eles, pois, se for bem feita, o condenado pode vir a achar a “cura” e a “reeducação” necessária para o reajuste social visando não delinquir novamente. Por outro lado, se o auxílio for uma “pseudoassistência” poderá desencadear em uma possível reincidência do ex-detento.

Com base no que foi dito, destaca-se o papel do Estado que deve promover maiores aberturas da sociedade para a prisão e da prisão para a sociedade; deve também, para efetivar uma política de reintegração social do agente, melhorar as condições prisionais e, sobretudo, promover menos cárcere ao preso. Dessa forma, permitindo o convívio social desde cedo, com o intuito de não haver um choque tão grande quando o autor do delito retornar à sociedade. Logo, “a reclusão somente poderá reeducar para a liberdade enquanto o modo de

vida do recluso esteja prudentemente disposto para esta finalidade. ” (COUTO DE BRITO, 2011, pg. 91). De tal forma que a assistência ao preso seja estendida para todos aqueles que se encontram no sistema prisional.

Vale salientar que a assistência ao preso não é somente auxiliá-lo na reintegração à sociedade, mas, acima de tudo, promover políticas que facilitem o convívio destes no sistema prisional e fora das penitenciárias. Desse modo, deve haver uma assistência material que é o fornecimento de uma cela adequada (que deveria ser individual ao invés de uma cela com super lotação de presos), com aeração, insolação e condicionamento térmico adequado; energia elétrica, instalações de banho e sanitário e etc. As pessoas leigas – em relação ao Direito Penal – consideram que, com as “boas” condições de vida na prisão, o detento/recluso não terá vontade de reingressar na sociedade, no entanto, percebe-se que: “a restrição da liberdade, ainda que provida de qualquer conforto, jamais será aceita como algo “bom” ou sequer como uma “melhoria” de vida e, certamente, o indivíduo comum sempre que puder optar, o fará pela liberdade precária em detrimento da estadia confortável de uma cela individual.” (COUTO DE BRITO, 2011, pg. 93). Além disso, verifica-se que a assistência à saúde também é um dos direitos do preso – afinal, é obrigatório resguardar todos os direitos humanos e de personalidade que os detentos possuem, exceto o direito à liberdade – e pode ser encontrado atendimento médico dentro dos sistemas prisionais dispondo de médicos, farmacêuticos e dentistas. Em relação ao bem-estar físico e mental dos presos, deve-se desenvolver atividades recreativas, culturais, educacionais e religiosas no intuito de manter os agentes calmos, não os deixar no ócio e ser até mesmo uma forma de aprender coisas novas. Ademais, pode-se destacar a assistência ao egresso (tendo como “egresso” aquele indivíduo que foi recentemente liberado do sistema prisional), afinal, devido ao cumprimento da pena afastado do meio social, é natural que o agente tenha dificuldade para reintegrar-se à sociedade que ele fazia parte. Dessa forma, o Estado deve prestar assistência acompanhando de perto o desempenho do ex-detento, as suas novas condições de vida e como a sociedade e sua família se posicionam diante dele; assim, tratando-se de um modo (de extrema importância) para atingir a finalidade da pena e a redução da reincidência. De tal modo que: “a orientação deverá ser provida pelo serviço de Assistência Social que integra o sistema penitenciário. O acompanhamento do egresso em sua família e ambiente de trabalho, aconselhando-o e apoiando-o, faz parte das finalidades que justificam a intervenção do Estado na liberdade do cidadão. ” (COUTO DE BRITO, 2011, pg. 102).

Por fim, cabe destacar a adoção de novas Políticas Criminais no Código Penal brasileiro no intuito de reduzir os altos índices de criminalidade, assim, tendo como objetivo principal a reintegração social do agente, pois, consta-se que é mais eficiente reintegrá-lo ao invés de oferecer severas punições, difíceis condições carcerárias e depois simplesmente jogá-lo na

sociedade como se nada tivesse acontecido; desse modo, evitando a possibilidade de reincidência e tentando impedir que o agente opte pela criminalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de tudo que foi dito, evidencia-se que o delito nunca poderá ser extinto por completo da sociedade, no entanto, é possível mantê-lo controlado por meio da adoção de Políticas Criminais influenciando e atuando diretamente na Política Penal especificada no Código brasileiro, ressaltando, assim, a importância da reintegração social para que o agente não venha a delinquir após cumprir a pena privativa de liberdade. No presente artigo, foram adotados diversos livros nacionais e estrangeiros no intuito de buscar formas diversas de reintegração, ver como poderia ser aplicado esses projetos e quais impactos estes teriam na árdua tentativa de reduzir a criminalidade. Dessa forma, o objetivo desse artigo é notar que é de extrema necessidade investir em uma mudança cultural-institucional no intuito de a reintegração social ser uma forma de efetivar a prevenção especial positiva, reduzir o número de agentes reincidentes e, adotar uma Política Penal mais humanitária.

REFERÊNCIAS

- BARATTA, ALESSANDRO. RESSOCIALIZAÇÃO OU CONTROLE SOCIAL: UMA ABORDAGEM CRÍTICA DA “REINTEGRAÇÃO SOCIAL” DO SENTENCIADO, 1990. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.EGOV.UFSC.BR/PORTAL/SITES/DEFAULT/FILES/ANEXOS/13248-13249-1-PB.PDF](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13248-13249-1-PB.pdf). ACESSO EM: 01 NOV. 2018.
- BATISTA, NILO. INTRODUÇÃO CRÍTICA AO DIREITO PENAL BRASILEIRO. 11. ED. RIO DE JANEIRO: REVAN, 2007.
- BUSTOS RAMIREZ, JUAN. POLÍTICA CRIMINAL Y ESTADO, 2012. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.CIENCIASPENALES.ORG/REVISTA%2012/BUSTOS12.HTM](http://www.cienciaspenales.org/revista%2012/bustos12.htm). ACESSO EM: 24 NOV. 2018.
- COUTO DE BRITO, ALEXIS. EXECUÇÃO PENAL. 2 ED. SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2011.
- MIRABETE, JULIO FABBRINI. EXECUÇÃO PENAL: COMENTÁRIOS À LEI Nº7.210, DE 11-7-1984. 11. ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2004.
- PERES NETO, LUIZ. PRENSA, POLÍTICA CRIMINAL Y OPINIÓN PÚBLICA: EL POPULISMO PUNITIVO EN ESPAÑA. BARCELONA, 2010.
- RODRIGUEZ, LAURA. POLÍTICA CRIMINAL. MADRID: EDITORIAL COLEX, 2001.
- ROXIN, CLAUS. PROBLEMAS FUNDAMENTALES DE POLÍTICA CRIMINAL Y DERECHO PENAL. MÉXICO: UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, 2002.
- SÁNCHEZ, BERNARDO FEIJOO. RETRIBUCIÓN Y PREVENCIÓN. ARGENTINA: EDITORIAL B DE F, 2007.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. CRIMINOLOGÍA: APROXIMACIÓN DESDE UN MARGEN. BOGOTÁ: EDITORIAL TEMIS S.A., 1988.
- ZIPF, HEINZ. INTRODUCCIÓN A LA POLÍTICA CRIMINAL. ESPANHA: EDITORIAL REVISTA DE DIREITO PRIVADO, 1979.

POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO, MENORISMO E PODER JUDICIÁRIO: ANCORAGENS ATUALIZADAS DE UMA CULTURA PUNITIVA.

*Érica Babini Machado⁷⁹
Carolina Braga⁸⁰*

RESUMO: O objetivo deste trabalho foi compreender os discursos de fundamentação do exercício do controle social sobre a juventude a partir do marco teórico da criminologia crítica, especialmente por parte do saber jurídico brasileiro. Considerando ser o positivismo o início do saber criminológico, o objetivo do presente trabalho foi identificar a existência ou não de interferências desse pensamento na construção das legislações menoristas e sua eventual permanência na atualidade, seja através da legislação ou da aplicação prática, especialmente por parte do Poder Judiciário. Compreende-se que o uso do discurso criminológico, dentro do século XIX, segue uma vertente de manutenção de poder de forma racional, pois a Europa em tal contexto, encontrava-se em uma fase do discurso científico como lastro das relações intersubjetivas, incluindo-se aqui o entendimento do crime e sua manifestação no meio coletivo. Logo, percebe-se a convivência das instituições estatais, as quais se apoiavam no meio punitivista, estabelecido pelo positivismo criminológico para poder manter um padrão de sociedade. A partir da constatação dos emaranhados políticos e teóricos do positivismo e da concepção e prática menorista percebeu-se que uma construção europeizada serviu como ponto balizador de legislações brasileiras em relação ao público, sendo tal estrutura permitida pela incorporação integral das teorias advindas de tal continente para os países colonizados, os quais eram vistos como periféricos, não sendo feito assim nenhum tipo de críticas a esse conhecimento criminológico, sendo delineado assim a imagem do menor. A questão da infância começa a ser problematizada, pois, como o positivismo se propunha a investigar e prevenir a criminalidade, poderia-se evitar as chamadas “tendências criminosas” nessa fase. Nesse sentido, estabeleceu-se classificações entre menores e crianças, a partir daquele paradigma europeu, de todo modo, eram vistos como transgressores da moral da sociedade, justificando a intervenção autoritária do Estado na vida particular de famílias, em nome da superação da situação irregular em que aquela se encontrava. Utilizou-se para tal pesquisa o método de revisão bibliográfica.

⁷⁹ Doutora em Direito. Professora da Pós-graduação da Universidade Católica de Pernambuco- UNICAP. Coordenadora do Grupo de estudo REJUCRIM – Rede de estudos juventudes & criminologias
Graduando em Direito. Pesquisador do Programa de Iniciação Científica – PIBIC/UNICAP. Membro do Grupo de estudo REJUCRIM – Rede de estudos juventudes & criminologias
⁸⁰ Graduando em Direito. Pesquisador do Programa de Iniciação Científica – PIBIC/UNICAP. Membro do Grupo de estudo REJUCRIM – Rede de estudos juventudes & criminologias

Palavras-chave: Positivismismo. Juventude. Criminologia.

ABSTRACT: The objective of this work was to understand the discourses of the foundation of the exercise of social control over youth from the theoretical framework of critical criminology, especially by the Brazilian legal knowledge. Considering that positivism is the beginning of criminological knowledge, the objective of this work was to identify the existence or not of interferences of this thought in the construction of minorist legislation and its possible permanence in the present time, either through legislation or practical application, especially by the Judicial power.

Keywords: Positivism. Youth. Criminology.

INTRODUÇÃO

Historicamente o saber criminológico fundamentou o poder punitivo, atribuindo justificativas racionalizadoras para a atuação do Estado (ZAFFARONI, 2003). Porém, esse processo de legitimação, na década de 1960, passou a ser questionado por teorias críticas que passaram a identificar ideologias, indicando que a natureza daquelas justificativas seriam discursos retóricos de manutenção de poder (BARATTA, 2002).

A par dessas considerações, a pesquisa objetivou compreender como foram recepcionados esses discursos criminológicos pelo saber jurídico local, especialmente a doutrina que trata da legitimação do poder punitivo, bem como se esses discursos foram utilizados pelos atores do sistema responsabilização juvenil. Para tanto, foram realizadas revisão bibliográfica.

1. Saber criminológico: identificando discursos de poder
O século XIX, na Europa, é um contexto de relevância das ciências naturais e biológicas, em que a ciência definia determinados fatos, fazendo com que a influência e assimilação do positivismo se desse fortemente na comunidade (FERLA, 2009).

Assim, utilizando-se do método científico indutivo, entendeu-se existir uma relação entre criminosos e doentes, em razão das características congêneres (GÓES, 2016), sendo Cesare Lombroso⁸¹ (1835-1909) o fundador da criminologia, o qual concedeu aspecto científico (associado à medicina) ao crime e rompeu com o pensamento até então dominante e tradicional das metafísicas liberais (ANITUA, 2008).

⁸¹ “Lombroso reduziu o crime a um fenômeno natural, ao considerar o criminoso simultaneamente como um primitivo e um doente” (ALVAREZ, 2005, p. 80).

É de bom alvitre atentar para o fato que o discurso darwinista, em termos políticos, foi a base de sustentação teórica para as práticas conservadoras, especialmente do imperialismo europeu de dominação do mais forte e mais adaptado à seleção natural – a Europa sobre o continente africano e asiático. (SCHWARCZ, 1993).

A chegada do positivismo às Américas e mais precisamente, sua recepção no Brasil, perpassa a lógica mercantilista do século XVI (FAUSTO, 2013). A estruturação da sociedade tradicional era fundamentada na forma de gerência dos engenhos; na família patriarcal⁸². Por se tratar de um meio estritamente agrícola, não se pode falar em centros urbanos desenvolvidos, nem em uma classe burguesa forte, mas sim de uma forte elite que determinava os vários destinos dentro da política e da regência interna do país, funcionando como uma instituição paraestatal dentro do governo dos colonizadores.

Saliente-se que, ao invés de os colonos trabalharem em suas terras, utilizavam-se da mão de obra escrava, advinda do continente africano. Esse sistema subsistiu até o fim do século XIX, quando foi declarada a abolição, gerando a ascensão dos centros urbanos e o surgimento de uma classe burguesa. (HOLANDA, 2014).

Ao fim do século XIX, o Brasil encontrava-se independente, sob a égide da Abolição e, para completar o falso quadro progressista: republicano. Parecia que tudo conspirava a favor da pátria, porém dois fatores desconstruem tal ideia: o primeiro trataria da questão racial fomentada dentro da nação e o outro seria a dependência indireta com a Europa.

Logo, o positivismo criminológico funcionava como principal discurso para a manutenção de ordem dos negros recém-libertos, em que, as elites, aproveitando-se da situação racial estabelecida no país, construíram, em torno dessas pessoas, uma casca de “periculosidade”, pois, a frenologia europeia, ao ser “engolida” pela América Latina e Brasil, se utilizou desse fator para criar uma classe de páreas. Constituindo assim o tratamento desigual no meio jurídico, já que os brancos e, principalmente, os brancos de elite, não possuíam uma pressão extensiva para que andassem “na linha”. Era um saber que inferiorizava o próprio povo, a ponto de Zaffaroni definir o positivismo como uma “gigantesca instituição de sequestro”. (1991)

Compreender que a cultura do medo e da violência, desde a colônia, especialmente para os dominados, é uma tarefa fundamental para o abasileiramento criminológico, com o uso exacerbado da força, aceita e legitimada socialmente, a ponto de ser incorporada à cultura política como um elemento da vida social local.

⁸² “A família patriarcal fornece, assim, o grande modelo por onde se hão de calcar, na vida política, as relações entre governadores e governados, entre monarcas e súditos. Uma lei moral inflexível, superior a todos os cálculos e vontades dos homens, pode regular a boa harmonia do corpo social, e, portanto, deve ser rigorosamente respeitada e cumprida” (HOLANDA, 2014, p. 85).

O fato é que ainda é o povo negro, pobre e marginalizado que sofre as atrocidades e barbaridades de uma perseguição penal descabida pela da Constituição de 1988, a qual pega a existência de um Estado democrático de Direito, o qual, em prática, é substituído por um penal.

2. A incorporação do positivismo criminológico na legislação menorista

O positivismo criminológico não teve uma aplicação punitiva adstrita aos adultos, foi utilizado também como um raciocínio político criminal em relação às crianças e adolescentes. Assim, eram vistos como um “objeto de problematização”, despertando o interesse da sociedade (SCHUCH, 2005) para se debruçar sobre a questão da infância e, assim, prevenir o afloramento de “tendências criminosas”.

Outrossim, era o momento da industrialização brasileira e a mão de obra infantil foi bastante utilizada, mas o Estado não tinha organização suficiente de políticas públicas de suporte e enfrentamento a tais problemáticas, fazendo com que se valesse de um “discurso moralista de tutela” para o tratamento da criança (RIZZINI, 2000).

Assim surgiu uma nova fase legislativa no país: a da tutela menorista, cujo objetivo se tornou o da construção de uma futura nação “civilizada”, sob o ponto de vista europeu. Tratava-se da Doutrina da Situação Irregular cujo cunho jurídico era a validação de um tratamento de “proteção-punição” àquelas crianças que se desviavam da conduta moral consagrada pela sociedade (ALVAREZ, 1989).

Considerando que o Brasil vivia uma fase liberal, em que imperava o discurso e a força das elites, com pouca participação do Estado, a atuação da magistratura, baseada no argumento protetivo foi ilimitada e rígida.

O Poder Judiciário, nesse contexto, teve em Melo Mattos, um grande protagonista que “reuniu sua experiência como criminalista, filantropo e juiz de menores para sintetizar, em forma de lei, um novo projeto de institucionalização da infância e adolescência” (ALVAREZ, 1989, p. 52). Essa perspectiva, entendida como iniciativa humanitária (ALVAREZ, 1989), englobava a ótica menorista, a qual tinha o menor, seja abandonado ou delinquente, como objeto de tutela; dando margem à ampla intervenção na vida particular.

A aliança entre Justiça e Assistência de complementação foi estabelecida para a criação de uma instância regulatória da infância. Uma consequência direta emerge deste paradigma: para que “capitular o delito e aplicar a respectiva pena” se a periculosidade implicava atuar nas origens do crime? “Nada mais improprio nem menos apto para o exercício do moderno papel da Justiça”, dizia Paiva, juiz penal da época (1916) (Apud RIZZINI, 2011, p. 126). “Não havendo castigo para as crianças delinquentes senão ação protetora do Estado, que significado teriam os Tribunais para Menores?” (FERADORI, 1938).

Em poucas palavras: a doutrina da situação irregular não significava outra coisa senão legitimar a ação judicial indiscriminada sobre crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade social, optando por soluções institucionalizadoras, de modo que a intervenção coercitiva estava presente independentemente da existência ou não de atos desviantes (RIAL, 2005).

Isto é, houve uma considerável influência do discurso positivista criminológico na construção histórica do tratamento dado às crianças e aos adolescentes. Até porque, não haveria como negar a percepção da delinquência na fase infanto-juvenil, se a própria da Antropologia Criminal relacionava a criança a um ser primitivo (LOMBROSO, 2001).

A atuação estatal ocorria não apenas quando houvesse a prática de um ato delitivo, mas meramente por encontrar uma criança em estado de abandono. Quando assim agia, o Estado posicionava tanto a criança “criminosa” quanto a “abandonada” na mesma situação de irregularidade. Havia uma diferenciação entre elas: eram chamadas como “menores” as que estivessem em situação de abandono, já as sob os cuidados da respectiva família, recebendo educação, eram as denominadas “crianças” ou “adolescentes”. Portanto, teria perdido a sua “inocência infantil”, podendo sofrer a conseqüente tutela do Estado para a realização de uma higienização. Essa dicotomia foi inserida na primeira legislação menorista brasileira, criando duas categorias diferenciadas da infância: menor e adolescente.

Assim é que surge “Código de Mello Mattos”, consolidando esse tipo de tratamento dado pelo Estado às crianças. Nele, constava-se que os menores seriam “expostos” quando tivessem até 7 anos – de acordo com o art. 14 do aludido Código –, e “abandonados”, quando possuíssem menos de 18 anos– segundo o art. 26 do Código. Quanto à responsabilidade penal, a legislação instituiu que até os 14 anos o menor não responderia a um processo, entre os 14 e 18 anos passaria por um procedimento especial (art. 69 do Código de Menores) e entre os 16 e 18 anos, poderia receber sanções previstas pelo Código Penal então vigente (art. 71 do Código de Menores).

Havia, também, um protecionismo na legislação vigente⁸³, uma vez que era dada margem para que o magistrado retirasse a liberdade de uma criança por mera conveniência sua, conforme é possível aduzir do §4º do art.86 do Código de Menores⁸⁴.

⁸³ “O Código de Menores refletia um profundo teor protecionista e a intenção de controle total das crianças e jovens, consagrando a aliança entre Justiça e Assistência, constituindo novo mecanismo de intervenção sobre a população pobre.” (SILVA, 2010, p. 57)

⁸⁴ “Nenhum menor de 18 annos, preso por qualquer motivo ou apprehendido, será recolhido a prisão commum. 4º Si o menor não tiver sido preso em flagrante, mas a autoridade competente para a instrucção criminal achar conveniente não o deixar em liberdade, procederá de accôrdo com os §§ 2º e 3º.”

Outro exemplo dessa amplitude legislativa era a inexistência de previsão do fim da “pena” aplicada. Assim, o objetivo não era de ressocialização do delinquente, mas de repressão do “desvio de conduta”, neutralizando os considerados “inimigos das pessoas de bem”.

Pairava nas decisões a ideia de que a punição estatal não deveria ser limitada ao dano causado pelo adolescente, mas estendida ao mesmo patamar de perigo que ele trazia ao meio social. É pela referida amplitude legislativa do Código de Mello Matos, assistencialismo e conseqüente protecionismo que existiram críticas a esse modelo legislativo.

Em 1940, a Segunda Guerra Mundial foi finalmente encerrada, emergindo instituições internacionais que buscavam consolidar garantias fundamentais a todos os seres humanos, como a ONU e, também o órgão especializado em crianças e em adolescentes, UNICEF.

Em virtude disso, o mundo buscou a ratificação mundial dos Direitos Humanos nas legislações internacionais e nacionais. Internamente, o Código Penal de 1941 instituiu que até 18 anos haveria irresponsabilidade penal, causando uma confusão de ordenamento em relação ao Código de Menores de 1927, uma vez que neste, entre os 16 e 18 anos, o adolescente poderia receber sanções previstas no CP.

Os magistrados passaram a aceitar o fato de que não poderiam “salvar a criança”, (SILVA, 2010). Assim, a discussão sobre alterações no Código de Menores entrou em voga.

Para cumprir o objetivo de “internamento/contenção dos menores” (SHUCH, 2005), é aprovada a Lei. 4.513 em 1964, criando a Política Nacional de Bem-Estar do Menor, cuja administração era realizada de forma “centralizadora e vertical” (SILVA, 2010). Os órgãos administrativos eram a FUNABEM (Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor) e, nos estados, a FEBEM (Fundação Estadual de Bem-Estar do Menor). A primeira terminou servindo para dissipar por todo o Brasil as já mencionadas ideias de segurança nacional (MIGLIARE, 1993).

Portanto, neles havia uma retórica ditatorial, ocorrendo abusos e tortura sobre as crianças, (SCHEINVAR, 2002). Vários debates ocorreram ainda nesse contexto (SCHEINVAR, 2002), mas é na década de 1970 que algumas mudanças ocorreriam.

A legislação insurgente refletiu o que já era dominante no Código de Mello Matos: a Doutrina da Situação Irregular. Assim, o assistencialismo-protetivo permaneceu o mesmo, conforme as próprias expressões utilizadas no artigo 1º do Código de Menores de 1979⁸⁵.

Em seguida, no artigo 2º, definia-se quem eram os menores em situação irregular. O primeiro inciso dispõe que poderiam ser crianças sob condições financeiras parcas, em razão do contexto familiar. Há, então, a criminalização da pobreza (SILVA, 2010).

⁸⁵ “Este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores”.

Já no inciso segundo, faz-se referência à criança que em contexto de violência doméstica. Ela seria “abandonada”, uma vez que não cometeu ilícito penal, da mesma forma, as definidas pelos incisos III, IV, e V. Apenas o inciso VI, enquadra a infração penal como menor em situação irregular.

Constata-se a permanência de um tratamento igualitário às crianças em condições diferentes (MACHADO, 2014). Mais à frente, o Código tratava da possibilidade de retirada do pátrio poder das famílias, nos artigos 21⁸⁶ e 45⁸⁷, dentre os quais, um dos motivos poderia ser o do inciso I, alínea “b” do art. 2º (escassez familiar).

E isso cabia ao Juiz de Menores decretar ou não, conforme análise própria. Essa é justamente outra permanência verificada no Código de 1979: um papel de relevante autonomia dado ao juiz, com claro exemplo no art. 8º⁸⁸, demonstrando a discricionariedade que o magistrado possuía para vigiar o adolescente (MACHADO, 2014) – para além do que estava determinado neste Código.

Enfim, resta evidente que os juizes tiveram um importante papel no contexto penal, já que eles foram os principais agentes do positivismo, entronizando-o dentro de suas práticas, adaptando-o às questões nacionais.

3. Velhos hábitos em frascos novos: a atualização das práticas menoristas
No final de 1980, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Convenção dos Direitos da Criança, a qual celebrou a Doutrina da Proteção Integral, trazendo a perspectiva da criança como sujeito de direitos, pretendendo superar a perspectiva tutelar, positivista e “punitivista” anterior.

O Brasil, com a promulgação da Constituição da República em 1988, nos artigos 227 e 228, dava *status* constitucional à questão infantil e é promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), resultado de um processo de redemocratização do país, oportunizando a efetivação de direitos já celebrados na CF/88, ao também adotar a aludida Doutrina.

Rompe-se, formalmente, com aspectos biopsicológicos e positivistas inseridos nas legislações ultrapassadas, especialmente para o adolescente autor de ato infracional⁸⁹. Nesse sentido, explica Gustavo Silva (2010, p.64): “Crianças e adolescentes têm todos os direitos

⁸⁶ Art. 21. Admitir-se-á delegação do pátrio poder, desejada pelos pais ou responsável, para prevenir a ocorrência de situação irregular do menor.

⁸⁷ Art. 45. A autoridade judiciária poderá decretar a perda ou suspensão do pátrio poder e a destituição da tutela dos pais ou tutor que: I - derem causa a situação irregular do menor.

⁸⁸ “A autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta Lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder.”

⁸⁹ O ECA fez no artigo 2º uma diferenciação interessante em relação às legislações anteriores: crianças são aquelas que possuem até 12 anos completos, irresponsáveis penalmente; e adolescentes são os que possuem 12 anos completos até os 18 anos incompletos, estes responsáveis pelos atos infracionais que cometam.

garantidos aos adultos, além de terem direitos especiais pela sua condição de pessoas em desenvolvimento físico, psicológico e moral”.

Entretanto, mesmo com tantos avanços, a prática e algumas lacunas (MACHADO, SANTOS, 2018) constantes no ECA dão margem à reiteração – já antiga – de arbitrariedades no tratamento dado à criança e ao adolescente, demonstrando a incompletude do ECA em trazer limitações à atuação do poder punitivo. (GOMÉZ 2015).

De mais a mais, o fenômeno de judicialização da política se dá sorrateiramente, na medida em que a democracia se enfraquece. Ocorre quando há a transposição dos problemas humanos e sociais em termos jurídicos, confundindo as esferas dos três poderes, o que está em dissonância com o Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Casara (2012) leciona que na medida em que cresce a atuação do Poder Judiciário e diminui a ação política, naquilo que se convencionou chamar de ativismo judicial, configura-se, por consequência, um aumento de influência dos juizes e tribunais nos rumos da vida brasileira e aumenta, paralelamente, a crise de legitimidade desses órgãos, bem como o sentimento de desconfiança em relação à Justiça. Um movimento que coloca o Poder Judiciário como “o último refúgio de um ideal democrático desencantado” (2001, p. 61).

Contudo, o formalismo e a cultura jurídica liberal burocrática não conseguem promover direitos sociais. Não sabem o significado de interpretações sociológicas, e além de hesitar em pressionar o Poder Executivo no cumprimento de suas funções, não consegue substituir “repressão por promoção, e da sanção penal ou punitiva pela sanção premial” (SOARES, 1994, p. 54). Isto é “ Para a maioria pobre da população o arbítrio continua a ser a face mais visível do Estado sob a democracia’ (PINHEIRO, 1997, s/p). Isso significa dizer que para grande parte da população o sistema de justiça é reconhecido na sua esfera punitiva, como poder controlador, e não garantidor” (PASTANA, 2009, p. 54)

Nesse sentido, não se pode pensar a atuação do Poder Judiciário em desacordo com a tradição em que os magistrados estão inseridos, de modo que há, portanto, uma relação histórica, teórica e ideológica entre o processo de formação da sociedade brasileira e do próprio Poder Judiciário e as práticas observadas na Justiça brasileira⁹⁰.

O fato é que, mesmo o ECA pregando a eficácia dos princípios democráticos, o número de adolescentes encarcerados, paradoxalmente, cresce (FBSP, 2018) e a medida de internação é a principal ferramenta de resposta a prática de atos infracionais. Alguns autores trabalham com a possibilidade (GARCÍA MÉNDEZ, 2004; SOPSATO, 2006; SCHECAIRA, 2008;

90 “Em apertada síntese, pode-se apontar que em razão de uma tradição autoritária, marcada pelo colonialismo e a escravidão, na qual o saber jurídico e os cargos no Poder Judiciário eram utilizados para que os rebentos da classe dominante (aristocracia) pudessem se impor perante a sociedade, sem que existisse qualquer forma de controle democrático dessa casta, gerou-se um Poder Judiciário marcado por uma ideologia patriarcal e patrimonialista (poder-se-ia dizer até aristocrática), constituída de um conjunto de valores que se caracteriza por definir lugares sociais e de poder, nos quais a exclusão do outro (não só no que toca às relações homem-mulher ou étnicas) e a confusão entre o público e o privado somam-se ao gosto pela ordem, ao apego às formas e ao conservadorismo” (CASARA, 2012, p. 2).

ALVAREZ, 1989) de que as práticas autoritárias atuais derivam de um ranço da cultura tutelar – menorista

A partir de então, percebe-se que o Poder Judiciário persiste em combater a delinquência infanto-juvenil mediante a diretriz de salvacionismo deste público o qual merece uma atenção do Estado paternalista⁹¹.

Para Monteiro (2006), embora o Código de Menores (1979) esteja revogado em função do ECA, o conceito de “menor” e a carga pejorativa de inferioridade que esse termo carrega ainda persiste na atualidade.

Percebe-se que, de imediato, em vez de atribuir o problema da delinquência juvenil a adolescentes, a perspectiva dada foi diametralmente oposta à anterior, reconhecendo que a sociedade está adoecida, haja vista que a análise dessa problemática juvenil não é levada a sério.

A confirmação da hipótese paternalista, assistencialista e interventiva, portanto, autoritária, pôde ser claramente identificada a partir da defesa social que se impõe. Assim, os discursos menoristas ainda permanecem presentes na atuação da maioria dos magistrados, consequentemente provocando diversas violações a direitos dos adolescentes em conflitos com a lei. Embora na vigência do ECA, a mentalidade do Poder Judiciário ainda conserva raízes profundas no Código de Menores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve a pretensão de mostrar e indicar como o positivismo criminológico se desenvolveu no âmbito da justiça juvenil e questionar se o mesmo ainda surtia efeitos na prática jurídica atual. Assim, demonstrou-se o percurso histórico da formação do Direito da Criança e do Adolescente, a fim de compreender os estágios de formação da cultura menorista e a superação pela Doutrina da Proteção Integral, consagrada no ECA.

À título de resultados, restou-se evidenciado, especialmente por meio das entrevistas aos magistrados, que a cultura menorista e as práticas autoritárias baseadas na defesa social permanecem no âmbito da justiça juvenil.

91 “[...] la historia del control social formal de la niñez como estrategia específica, constituye un ejemplo paradigmático de construcción de una categoría de sujetos débiles para quienes la protección, mucho más que constituir un derecho, resulta una imposición” (GARCÍA-MENDÉZ, 1997, p. 41).

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, MARCOS CÉSAR; OLIVEIRA, THIAGO RODRIGUES. PASTAS E PRONTUÁRIOS DO “COMPLEXO DE TATUAPÉ” (SÃO PAULO/SP – 1990-2006): FATORES DETERMINANTES NA APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. 38º ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS. CAXAMBU, MG, 2014.

ALVAREZ, MARCOS CÉSAR, SALLA, FERNANDO, SCHRITZMEYER, ANA LUCIA PASTORE. ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI: PASTAS E PRONTUÁRIOS DO COMPLEXO TATUAPÉ” (SÃO PAULO/SP, 1990-2006). ANAIS. 7 ENCONTRO ABCP, 2010.

ALVAREZ, MARCOS CÉSAR. O HOMEM DELINQUENTE E O SOCIAL NATURALIZADO: APONTAMENTOS APARA UMA HISTÓRIA DA CRIMINOLOGIA NO BRASIL. TEORIA E PESQUISA. JUNHO, 2007.

_____. A EMERGÊNCIA DO CÓDIGO DE MENORES DE 1927: UMA ANÁLISE DO DISCURSO JURÍDICO E INSTITUCIONAL DA ASSISTÊNCIA E PROTEÇÃO AOS MENORES. SÃO PAULO. DISSERTAÇÃO. (MESTRADO EM SOCIOLOGIA) – FACULDADE DE FILOSOFIA, CIÊNCIAS E LETRAS. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 1989.

ANITUA, GABRIEL IGNÁCIO. HISTÓRIA DOS PENSAMENTOS CRIMINOLÓGICOS. RIO DE JANEIRO: REVAN, 2008.

BARATTA, ALESSANDRO. CRIMINOLOGIA CRÍTICA E CRÍTICA DO DIREITO PENAL. INTRODUÇÃO À SOCIOLOGIA DO DIREITO PENAL. 3. ED. RIO DE JANEIRO: REVAN, 2002.

BELOFF, MARY. MODELO DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y DE LA SITUACIÓN IRREGULAR: UM MODELO PARA AMAR Y OUTRO PARA DESARMAR. IN: JUSTIÇA Y DERECHOS DEL NIÑO. SANTIAGO: UNICEF, 1999.

CASARA, RUBENS R. R. PODER JUDICIÁRIO: ENTRE A ESPERANÇA E O DESCRÉDITO. 2012. CORNELIUS, EDUARDO GUTIERREZ. O PIOR DOS DOIS MUNDOS? A CONSTRUÇÃO LEGÍTIMA DA PUNIÇÃO DE ADOLESCENTES NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TESE. (DOUTORADO EM SOCIOLOGIA) – FACULDADE DE FILOSOFIA, CIÊNCIAS E LETRAS. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2017.

FAUSTO, BORIS. HISTÓRIA DO BRASIL. SÃO PAULO: EDUSP, 2013.

FERLA, LUIS. FEIOS, SUJOS E MALVADOS SOB MEDIDA. A UTOPIA MÉDICA DO BIODETERMINISMO. SÃO PAULO: ALAMEDA, 2009.

GARCÍA-MÉNDEZ, EMILIO. NIÑO ABANDONADO, NIÑO DELINCUENTE, NUEVA SOCIEDADE, NRO.112 MARZO- ABRIL 1991.

_____. LA CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: DEL MENOR COMO OBJETO DE LA COMPASION-REPRESION A LA INFANCIA-ADOLESCENCIA COMO SUJETO DE DERECHOS. IN: DERECHO DE LA INFANCIA/ADOLESCENCIA EN AMERICA LATINA: DE LA SITUACION IRREGULAR A LA PROTECCION INTEGRAL. DISPONIVEL EM <WWW.IIR.OEA.ORG/LA_CONVENCION_INTERNACIONAL.PDF>. ACESSO EM 07 JUL. 2018.

_____. NIÑO ABANDONADO, NIÑO DELINCUENTE, NUEVA SOCIEDADE, NRO.112 MARZO- ABRIL 1991.

GARAPON, ANTOINE. O JUIZ E A DEMOCRACIA: O GUARDIÃO DAS PROMESSAS. RJ, REVAN, 1999.

GOMÉZ, DIEGO J. DUQUELSKY. EL ROL DEL JUEZ EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA. R. DIR. GAR. FUND., VITÓRIA, v. 16, n. 2, p. 121-148, JUL. /DEZ. 2015.

GÓES, LUCIANO. A "TRADUÇÃO" DE LOMBROSO NA OBRA DE NINA RODRIGUES: O RACISMO COMO BASE ESTRUTURANTE DA CRIMINOLOGIA BRASILEIRA. 1. ED. RIO DE JANEIRO: REVAN, 2016.

HOLANDA, SÉRGIO BUARQUE DE. RAÍZES DO BRASIL. 26. ED. 19 REIMPRESSÃO SÃO PAULO: COMPANHIA DAS LETRAS, 2014. P.74-92. V. ÚNICO.

KAMISNKI, DAN. QUAL A METODOLOGIA PARA UMA CRIMINOLOGIA CRÍTICA? REVISTA DE ESTUDOS EMPÍRICOS EM DIREITO, v. 4, n. 3, OUT 2017.

LOMBROSO, CESARE. O HOMEM DELINQUENTE. TRADUÇÃO SEBASTIÃO JOSÉ ROQUE. SÃO PAULO, ÍCONE, 2013.

MACHADO, ÉRICA BABINI LAPA DO AMARAL. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO: DO DISCURSO (EUFEMISTA) À PRÁTICA JUDICIAL (PERVERSA) E À EXECUÇÃO (MORTIFICADORA): UM ESTUDO DO CONTINUUM PUNITIVO SOBRE ADOLESCENTES DO SEXO FEMININO EM CONFLITO COM A LEI NA CIDADE DO RECIFE, PE. TESE (DOUTORADO) – UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO. CCJ. PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 2014.

MACHADO, ÉRICA BABINI L. DO A.; SANTOS, MILENA DE OLIVEIRA. PUNITIVISMO, CRIMINOLOGIA E A IMPORTAÇÃO DE TEORIAS: UM ESTUDO A PARTIR DO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE ATO INFRAACIONAL. REVISTA DA AJURIS, RIO GRANDE DO SUL, v. 45, n. 144, 2018.

PASTANA, DÉBORA. REVISTA DEBATES, PORTO ALEGRE, v.3, n.1, p.53-76, JAN-JUN.2009

PAULA, LIANA DE. PRÁTICAS SOCIOEDUCATIVAS E GARANTIA DE DIREITOS: PENSANDO A (DES) CONSTITUIÇÃO DO SUJEITO DE DIREITOS A PARTIR DA INTERNAÇÃO DE ADOLESCENTES. 39º ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS. CAXAMBU, MG, 2015.

POUPART, JEAN. A ENTREVISTA DE TIPO QUALITATIVO: CONSIDERAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS, TEÓRICAS E METODOLÓGICAS. IN: POUPART, J. ET AL. A PESQUISA QUALITATIVA: ENFOQUES EPISTEMOLÓGICOS E METODOLÓGICOS. 3. ED. PETRÓPOLIS: VOZES, 2010.

RIZZINI, IRENE. O SÉCULO PERDIDO. RAÍZES HISTÓRICAS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A INFÂNCIA NO BRASIL. 3 ED. SÃO PAULO: CORTEZ, 2011.

_____. A CRIANÇA E A LEI NO BRASIL – REVISITANDO A HISTÓRIA (1822 – 2000). BRASÍLIA, DF: UNICEF; RIO DE JANEIRO: USU ED. UNIVERSITÁRIA, 2000.

RIZZINI, IRENE. “CRIANÇAS E MENORES – DO PÁTRIO PODER AO PÁTRIO DEVER. UM HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO PARA A INFÂNCIA NO BRASIL”. IN: PILOTTI, FRANCISCO E RIZZINI, IRENE (ORGS.). A ARTE DE GOVERNAR CRIANÇAS: A HISTÓRIA DAS POLÍTICAS SOCIAIS, DA LEGISLAÇÃO E DA ASSISTÊNCIA À INFÂNCIA NO BRASIL. RIO DE JANEIRO, INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, EDITORA UNIVERSITÁRIA SANTA ÚRSULA, 1995.

RIZZINI, IRMA. PEQUENOS TRABALHADORES DO BRASIL. IN: HISTÓRIA DAS CRIANÇAS NO BRASIL. MARY DEL PRIORE (ORG.). 2ª ED. SÃO PAULO: CONTEXTO, 2000.

SCHEINVAR, ESTELA. IDADE E PROTEÇÃO: FUNDAMENTOS LEGAIS PARA A CRIMINALIZAÇÃO DA CRIANÇA, DO ADOLESCENTE E DA FAMÍLIA (POBRES). RIO DE JANEIRO: PIVETES, 2002.

SCHUCH, PATRICE. PRÁTICAS DE JUSTIÇA: UMA ETNOGRAFIA DO “CAMPO DE ATUAÇÃO AO ADOLESCENTE INFRATOR” NO RIO GRANDE DO SUL, DEPOIS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. TESE. UFRS, ANTROPOLOGIA, PORTO ALEGRE, 2005.

SCHECAIRA, SÉRGIO SALOMÃO. SISTEMA DE GARANTIAS E O DIREITO PENAL JUVENIL. SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2008.

SPOSATO, KARYNA. O DIREITO PENAL JUVENIL. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2006.

SILVA, GUSTAVO DE MELO. ATO INFRACIONAL: FLUXO DO SISTEMA DE JUSTIÇA JUVENIL EM BELO HORIZONTE. DISSERTAÇÃO (MESTRADO). - UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS, FACULDADE DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS. BELO HORIZONTE, 2010.

SCHWARCZ, LILIAN. O ESPETÁCULO DAS RAÇAS. CIENTISTAS, INSTITUIÇÕES E QUESTÃO RACIAL NO BRASIL 1870-1930. RIO DE JANEIRO: COMPANHIA DAS LETRAS, 1993.

ZAFFARONI, E. R. CRIMINOLOGÍA: APROXIMACIÓN DESDE UN MARGEN. BOGOTÁ: EDITORIAL TEMIS, 2003.

SEÇÃO 3:

A tutela contratual como afirmação dos direitos individuais e sociais

A RESPONSABILIDADE CIVIL NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Rafael Dantas (FADIC)

Resumo: Com o advento do boom imobiliário, várias obras imobiliárias tiveram elevado aumento na procura e isso acabou causando alguns problemas, a exemplo dos vícios construtivos. Os chamados vícios ocultos são de acordo com o CDC (Código de Defesa do Consumidor), quando o produto não atinge o fim a que se destina, se encontra com vícios - mais conhecidos como defeitos e avarias decorrentes de sua fabricação, e não do mal-uso ou desgaste natural. A constituição federal estabelece e assegura no artigo 5º é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, além do princípio da solidariedade. A solidariedade, no caso, resulta não só da natureza jurídica da relação jurídica entre incorporador e adquirente das unidades autônomas, como também da previsão legal (CDC, art. 18, art 25, §1º; CC, art. 942; lei 4.591/64, arts. 31 e 43). Muitas vezes os proprietários, ao descobrirem um problema após receber as chaves do seu imóvel, tentam resolver o problema sem sucesso com a incorporadora. Daí a necessidade da responsabilidade civil, prevista código civil. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. Dados do stj, somente no último ano houve 446 casos envolvendo vícios de construção. Só que meu ver isso tem sido insuficiente e vários casos, haja vista que o problema não é totalmente sanado pelas construtoras, porque elas alegar vícios aparentes ao invés de vícios ocultos e a construtora simplesmente faz um paliativo e deixa o cliente com o prejuízo. Para aprofundamento, serão estudados Ingo Sarlet e Nelson Rosenvald.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Responsabilidade civil. Incorporação.

1. A responsabilidade civil na incorporação imobiliária
O dano moral possui previsão constitucional, no artigo 5º, incisos V e X, assim:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

*V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização **por dano material, moral ou à imagem;***

[...]

X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Os Direitos Fundamentais são definidos como um conjunto de direitos e garantias do ser humano, cuja institucionalização tem por finalidade o princípio da proteção dignidade da pessoa humana, garantindo condições mínimas de vida e desenvolvimento, o respeito à vida, à igualdade e à dignidade para o completo desenvolvimento de sua personalidade.

Ingo Wolfgang Sarlet bem define a dignidade da pessoa humana (2001, p.60)⁹²:

“Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos⁹³.”

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

Responsabilidade civil é o dever de indenizar uma pessoa por um dano que ela sofra. Ela é dividida em responsabilidade subjetiva ou objetiva. O dano pode ser patrimônio ou pode envolver obrigações de fazer, de dar ou de não fazer. A responsabilidade civil está inserida no artigo 186 do código civil:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Conceituando o dano segundo o professor Anderson Schreiber⁹⁴:

“Tradicionalmente, conceitua-se o dano como lesão a um interesse juridicamente protegido, a abranger tanto o dano patrimonial quanto o dano moral.

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁹⁴ Manual de Direito Civil Contemporâneo. Ed. Saraiva. 2018. P.621

“[...]O dano patrimonial é entendido como a lesão a um interesse jurídico possível de valoração econômica o dano moral, por sua vez, deve ser compreendido como a lesão a um interesse jurídico atinente a personalidade humana e, por isso mesmo, insuscetível de valoração econômica”⁹⁵.

O que caracteriza a responsabilidade civil é o nexo causal. O nexo causal é o liame que vincula a conduta do agente ao dano. É fator essencial para a caracterização da responsabilidade civil. Constitui-se na relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém. É por meio dele que se pode concluir quem foi o causador do dano. Com o advento do boom imobiliário, as incorporadoras lançaram vários prédios e houve um aquecimento brutal da construção civil nos últimos anos. Porém, com o mesmo advento desse boom, trouxeram problemas que hoje perduram e que prejudicam os consumidores nos chamados vícios ocultos, onde algumas deliberadamente acham que não precisam ou não devem corrigir ou sanar os problemas ocasionados pelos vícios ocultos que só aparecem após algum tempo e cujo prazo prescricional é de 05 anos, como consta no artigo 618 do código civil:

“Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.”

O construtor é garantidor do empreendimento imobiliário e nesse sentido, é solidariamente responsável com os demais envolvidos nas etapas de incorporação. Segundo o professor Nelson Rosenvald⁹⁶:

“A solidariedade, no caso, resulta não só da natureza jurídica da relação jurídica entre incorporador e adquirente das unidades autônomas, como também da previsão legal (CDC, art. 18, art 25, §1º; CC, art. 942; lei 4.591/64, arts. 31 e 43).”

“O CDC estabelece, no art. 18: os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor[...]”

Segundo o professor Rosenvald, hoje a solidariedade caminha não só em termos do que é a responsabilidade, mas para além disso, numa perspectiva de corresponsabilidade social. Nas palavras dele⁹⁷:

“A solidariedade penetra decisivamente no direito de danos para promover um giro copernicano na matéria. Talvez o mais significativo em termos de solidariedade seja a

⁹⁵ Idem. P. 622

⁹⁶ Rosenvald, Nelson. Farias, Cristiano. Netto, Felipe Peixoto Braga. Curso de Direito Civil. Responsabilidade civil. Volume 3. Ed Juspodium. 2018. P. 923

⁹⁷ Idem. P. 44

passagem de um estado de responsabilidade para outro de Corresponsabilidade, no qual todos atuam conjuntamente para a obtenção de certo resultado, estipulando consensos mínimos para rechaçar aquilo que é intolerável. Assim o foco da responsabilidade civil é deslocado da sanção ao ofensor para a tutela do ofendido. ”

Também nesse sentido, nos casos que possam afetar à solidez e segurança do imóvel, serão responsabilizadas pelo Código de Defesa do Consumidor no artigo 12, respondendo de maneira objetiva:

“O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou, isto é, sem aferição de culpa. ”

Tal responsabilidade não se limita aos vícios de quantidade ou qualidade, abrange também aqueles oriundos da disparidade do produto com as indicações feitas na oferta ou comunicação publicitária (CDC art. 20)⁹⁸

O *vício aparente* é aquele de fácil constatação, no qual o consumidor percebe rapidamente que há algo de errado ao usá-lo nas primeiras vezes. No caso de imóveis, são exemplos de vícios aparentes: azulejos trincados, parede rachada ou piso não nivelado.

Para este tipo de vício, o Código de Defesa do Consumidor determina: o prazo para reclamação é de 90 (noventa) dias (art. 26, II).

“Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

II - noventa Dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis. ”

Dados do Superior Tribunal de Justiça, somente no último ano houve 446 casos envolvendo vícios de construção.⁹⁹

A jurisprudência tem se mantido no sentido de garantir aos defeitos no imóvel, isto é, aqueles que geram riscos de saúde e segurança ao consumidor, o prazo de 5 (cinco) anos para reclamar, tanto pelo Código de Defesa do Consumidor em seu art. 27, como

98 Idem. P. 927

99 DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. [...] RESPONSABILIDADE CIVIL. VÍCIO EM EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO [...] ART. 26 DO CDC, NÃO INCIDÊNCIA. VÍCIO AFETO À SOLIDEZ E SEGURANÇA DO EMPREENDIMENTO. PRAZO DECADENCIAL QUINQUENAL. ART. 618 DO CÓDIGO CIVIL. CDC E CÓDIGO CIVIL. [...].

Na hipótese, não se tratando de vício de fácil constatação, mas sim de defeito estrutural que compromete a segurança e a regular fruição do empreendimento imobiliário, [...], não incide o prazo decadencial de 90 dias previsto no Código de Defesa do Consumidor, estando a pretensão deduzida submetida tão somente ao prazo prescricional de cinco anos definido no art. 618 do Código Civil. [...]

A responsabilidade do construtor é objetiva, máxime em se tratando de relação de consumo, ante ao que dispõe o art. 12, § 1º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor. 5. A constatação de que determinado vício de construção compromete à solidez e segurança do empreendimento imobiliário, não exige a demonstração de que o defeito compromete suas condições estruturais, mas sim que o problema, derivado da ação do construtor, impede a plena habitabilidade e fruição da edificação. [...]

(TJ-DF - APC: 20140111623230, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 06/05/2015, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 08/05/2015. Pág.: 200)

pelo Código Civil, em seu art. 618. Contudo, em se tratando de vícios (aqueles que não acarretam danos à saúde e segurança do consumidor), aparentes ou ocultos, deve-se observar o prazo de 90 (noventa) dias para reclamação junto à construtora-incorporadora. Desse modo, o consumidor que verifica a existência de vício oculto em seu imóvel, deve apresentar reclamação perante a construtora-incorporadora de forma inequívoca, ou seja, por escrito, no prazo de 90 dias após a ciência do vício.

REFERÊNCIAS

ROSENVALD, NELSON. FARIAS, CRISTIANO. NETTO, FELIPE PEIXOTO BRAGA. CURSO DE DIREITO CIVIL: RESPONSABILIDADE CIVIL. SALVADOR: JUSPODIVM. 2018. V. 3

SARLET, INGO WOLFGANG. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 2. ED. PORTO ALEGRE: LIVRARIA DO ADVOGADO, 2001.

SCHREIBER, ANDERSON. MANUAL DE DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO. SÃO PAULO: SARAIVA, 2018.

CONTRATO DE LENIÊNCIA E A “DELAÇÃO PREMIADA ADMINISTRATIVA”: IMPACTOS ADMINISTRATIVOS E PENAS NO CONTEXTO LEGAL ATUAL

*Angélica Souza Veríssimo da Costa (Mestre em Direito/UFPE)¹
José Roberto Wanderley de Castro (Doutor em Direito/UFPE)²*

RESUMO: A partir do marco legal da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), visualizou-se no ordenamento brasileiro não só a possibilidade de aplicação de penalidades mais gravosas às pessoas jurídicas em função do cometimento de atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira, e aos ilícitos administrativos dispostos na Lei nº 8.666/93, mas também se facultou às empresas privadas a atenuação das sanções administrativas mediante a formatação do acordo de leniência. Semelhante à delação premiada institucionalizada cada vez mais na seara penal, a assinatura do contrato de leniência no âmbito administrativo enseja a construção de uma “delação premiada administrativa”, com o intuito de se reduzir a pena de multa, de se obter o não reconhecimento da condição de empresa inidônea e a não suspensão da utilização dos veículos de fomento estatal, gerando, conseqüentemente, como efeitos o reconhecimento dos ilícitos cometidos pela pessoa jurídica, a cessação de sua participação nas infrações administrativas e a necessária colaboração em todo o processo de investigação. Ocorre que, o artigo 16 previa a celebração do contrato entre a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública e as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos sem de participação do Ministério Público, logo, as provas obtidas mediante a celebração do acordo poderiam ensejar a persecução em outras esferas não vinculadas ao ato bilateral, especialmente, a responsabilização no âmbito penal, em razão da independência das instâncias e da autonomia dos órgãos de fiscalização. Desse modo, entendia-se ser necessário a previsão de norma, a fim de promover a intervenção do MP, pois sua ausência representava verdadeiro desestímulo à adoção do prêmio, bem como, promoveria uma maior segurança jurídica às pessoas privadas, na medida em que o artigo 15 da legislação em comento determina o encaminhamento dos resultados do processo administrativo ao *Parquet*, para as devidas apurações delituosas. Nessa toada, foi editada a Medida Provisória nº 703/2015, a qual modificou o artigo 16 da Lei Anticorrupção para permitir a atuação dos órgãos de controle interno das entidades federativas em conjunto com o Ministério público, a fim de celebração do contrato de leniência, parecendo, portanto, solucionar o problema, todavia, mencionado ato normativo perdeu sua vigência sem ser transformado em lei ordinária. Então, surge o seguinte questionamento: diante deste retrocesso legal, como otimizar a formatação dos contratos de leniência sem ferir as garantias constitucionais, sobretudo o princípio da presunção da inocência, de modo a garantir a efetividade dos resultados alcançados com o mencionado instrumento no combate à corrupção? Para tanto, utilizando-se de uma

abordagem metodológica analítica e descritiva, pretende-se discutir os efeitos nefastos dessa omissão legislativa no nosso sistema, defendendo-se a viabilidade de outros permissivos legais a fim de avaliar a utilização do acordo à luz dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal.

Palavras-chave: Contrato. Leniência. Princípios

Abstract: Based on the legal framework of the Anti-Corruption Law (Law No. 12.846 / 2013), it was visualized in Brazilian law not only the possibility of applying more severe penalties to legal entities as a result of committing acts harmful to the national or foreign Public Administration, and to the administrative offenses set forth in Law No. 8.666 / 93, but also allowed private companies to reduce administrative sanctions by formatting the leniency agreement. Similar to the awarding of institutionalized detention more and more in the criminal court, the signing of the contract of leniency in the administrative scope leads to the construction of an "administrative award", with the purpose of reducing the penalty of fine, to obtain non-recognition of as a condition of unjust company and the non-suspension of the use of state-sponsored vehicles, thus generating as effects the recognition of the crimes committed by the legal entity, the cessation of its participation in administrative infractions and the necessary collaboration throughout the investigation process. Article 16 provided for the conclusion of the contract between the highest authority of each public body or entity and the legal persons responsible for the acts without the participation of the Public Prosecutor's Office, so that the evidence obtained by concluding the agreement could prosecution in other spheres not linked to the bilateral act, especially criminal liability, due to the independence of the bodies and the autonomy of the supervisory bodies. In this way, it was understood that provision of a standard was necessary in order to promote the intervention of the Public Prosecutor, since his absence represented a real disincentive to the adoption of the award, and would promote greater legal certainty for private persons, since the article 15 of the legislation in question determines the referral of the results of the administrative process to Parquet, for the due criminal indications. Provisional Measure No. 703/2015 was amended, which amended article 16 of the Anti-Corruption Law to allow the agencies of internal control of the federative entities to work together with the public prosecutor's office, in order to conclude the leniency contract, thus seeming to solve the problem, however, said normative act has lost its validity without being transformed into ordinary law. Then, the following question arises: before this legal retrocession, how to optimize the format of leniency contracts without violating the constitutional guarantees, especially the principle of presumption of innocence, in order to guarantee the effectiveness of the results achieved with the mentioned instrument in the fight against correction To do so, using an analytical and descriptive methodological approach, we

intend to discuss the harmful effects of this legislative omission in our system, defending the viability of other legal permissive in order to guarantee the use of the agreement in the light of the rights and guarantees provided for in the Federal Constitution.

Keywords: Contract. Leniency. Principles

INTRODUÇÃO

A influência do movimento neoliberal contribuiu para o desenvolvimento da concepção de um Estado mínimo, construindo a ideia de uma administração de resultados (eficiente), retirando-se do Estado o papel centralizador da gestão direta de seus serviços (desestatização), adaptando-o a um modelo gerencial, como ente regulador e fiscalizador.

Nesse contexto fiscalizatório, como uma forma de penalizar as empresas causadoras de danos à Administração Pública nacional e internacional, surgiu a Lei nº 12.846/2013, conhecida como lei de improbidade das pessoas jurídicas privadas, a fim de não só penalizar os particulares que formatam contratos com órgãos e entidades públicas, mas também, permitir a celebração do contrato de leniência como modo de operacionalizar os processos investigativos administrativos visando efetividade em seus resultados.

Desse modo, mediante uma metodologia analítica descritiva, pretendemos demonstrar que apesar da lei ser considerada um avanço no combate às práticas de corrupção, ela ensejou repercussões na seara administrativa e penal, institucionalizando uma espécie de “delação administrativa”, gerando como consequência ofensas ao princípio da presunção da inocência.

1. O ESTADO COMO AGENTE REGULADOR

1.1 A ascensão do estado regulador e a ideia de eficiência

Até meados da década de oitenta, o Estado interviu fortemente na economia, não só para assegurar a igualdade, a liberdade e a justiça social, como também para evitar a dominação dos mercados e implementar programas de incentivos a regiões menos favorecidas, tal como, bem coloca Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“COM O CRESCIMENTO DOS CHAMADOS DIREITOS SOCIAIS E ECONÔMICOS, POSTOS PERANTE O ESTADO, ESTE AMPLIOU DESMESURADAMENTE O ROL DE SUAS ATRIBUIÇÕES, ADOTANDO DIFERENTES ATITUDES: A. ALGUMAS ATRIBUIÇÕES FORAM ASSUMIDAS PELO ESTADO COMO SERVIÇOS PÚBLICOS, ENTRANDO NA CATEGORIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS COMERCIAIS, INDUSTRIAIS E SOCIAIS; PARA DESEMPENHAR ESSES SERVIÇOS, O ESTADO PASSOU A CRIAR MAIOR NÚMERO DE EMPRESAS ESTATAIS E FUNDAÇÕES; B. OUTRAS ATIVIDADES, TAMBÉM DE NATUREZA ECONÔMICA, O ESTADO DEIXOU NA

INICIATIVA PRIVADA, MAS PASSOU A EXERCÊ-LAS A TÍTULO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO, POR MEIO DE SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA, EMPRESAS PÚBLICAS E OUTRAS EMPRESAS SOB O CONTROLE ACIONÁRIO DO ESTADO; C. FINALMENTE, OUTRAS ATIVIDADES, O ESTADO NEM DEFINIU COMO SERVIÇO PÚBLICO NEM PASSOU A EXERCER A TÍTULO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO; ELE AS DEIXOU NA INICIATIVA PRIVADA E LIMITOU-SE A FOMENTÁ-LAS, POR CONSIDERÁ-LAS DE INTERESSE PARA A COLETIVIDADE. DESENVOLVE-SE, ENTÃO, O fomento como uma atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de interesse público. O Estado fomenta a iniciativa privada por diferentes meios, como os honoríficos (prêmios, recompensas, títulos e menções honrosas), os jurídicos (outorga de privilégios próprios do Poder Público, que outras entidades não têm) e os econômicos (auxílios, subvenções, financiamentos, isenções fiscais, desapropriações por interesse social etc.) (DI PIETRO, 2008, P. 9-10) ”

Para o desenvolvimento de tantos papéis, já não se podia depender do intrincado e lento processo legislativo. Dessa forma, afrouxam-se os princípios da separação de poderes e da legalidade estrita, espeques do Estado de Direito, para se conferir ao Poder Executivo uma acentuada atuação normativa (retratada na edição de decretos-leis, leis delegadas, regulamentos autônomos e medidas provisórias). Para Alexandre Santos de Aragão, referida transferência ocorreu diante da edição de leis com aspectos gerais, o que legitimou a atuação do Executivo, porém, não o eximiu da coordenação e controle do parlamento. (ARAGÃO, 2004, p. 66)

Em contrapartida, o Estado social agora compreendido como Estado Democrático de Direito passa a sofrer as consequências do acúmulo de funções. Isso quer dizer, o Estado, prestador de serviços, empresário e investidor, contribui fortemente para o engessamento da máquina administrativa, dita burocrática, custosa e ineficiente, a saber:

“[...] TANTAS FORAM AS RESPONSABILIDADES ASSUMIDAS PELO ESTADO, MUITAS DAS QUAIS SEQUER ABRANGIDAS PELO CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO, QUE O ENTE ESTATAL NÃO CONSEGUIU DESEMPENHAR TODAS ELAS A CONTENTO, MOSTRANDO-SE COMO APARELHO EXCESSIVAMENTE BUROCRÁTICO (PROCEDIMENTOS COMPLEXOS E DEMORADOS), DISPENDIOSO (INSUFICIÊNCIA DOS RECURSOS DESTINADOS ÀS ATIVIDADES ESTATAIS), INEFICIENTE (IMPROFICIÊNCIA QUANTITATIVA E QUALITATIVA) E RESTRITIVO (exautoração DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA DE OUTROS AGENTES SOCIAIS). A GRANDIOSIDADE DO ESTADO AGIGANTOU O DÉFICIT PÚBLICO, A DISTINÇÃO ENTRE ESTADO E SOCIEDADE CIVIL FOI SE DESVANECENDO (PARA QUE SE CONSIDERASSE O ESTADO PERSONIFICAÇÃO DA SOCIEDADE, ELA NELE SE ESGOTANDO), A AMPLITUDE DO ESTADO GEROU APATIA POLÍTICA NOS CIDADÃOS, QUE, DE PARTICIPANTES (SUJEITOS ATIVOS), PASSARAM A PEDINTES DO QUE A MÁQUINA ESTATAL LHES PODERIA OFERECER (PATERNALISMO), O

VOLUME DOS GASTOS PÚBLICOS DEU ENSANCHAS À LICENCIOSIDADE COM O DINHEIRO PÚBLICO. (FERNANDES, 2009, P. 111) ”

Diante desse cenário, principalmente em razão das pressões impostas pelo processo de internacionalização e estreitamento dos mercados produtores e consumidores, fenômeno conhecido como globalização, iniciou-se a partir da década de 80, com crescimento mensurado nos anos 90 do século passado, um movimento não só nos países desenvolvidos, como também naqueles em fase de expansão, o qual, segundo Odete Medauar, possuía

“[...] RAZÕES PRAGMÁTICAS, PARA LIBERAR O ESTADO DOS CUSTOS DAS ESTATAIS E ARRECADAR RECURSOS; E TEVE CAUSAS POLÍTICAS, PARA CRIAR UMA NOVA DINÂMICA ECONÔMICA, INSPIRADA nos exemplos inglês (privatizações da era Thatcher) e norte-americano. Na Europa, o movimento recebeu propulsão forte oriunda da cúpula dirigente da União Européia, repercutindo nos países que a integram. (MEDAUAR, 2002, P. 123-128) ”

Referido movimento, arraigado nas ideias neoliberais, tinha como objetivo predominante a transferência para o setor privado dos serviços públicos ou atividades econômicas realizadas pelo Estado até aquele momento. Passou-se a defender a redução das atribuições do tamanho do Estado, fato que se tornou constante após a realização do Consenso de Washington, em 1989.

Em que pese a enumeração das reformas traçadas naquela agenda não serem suficientes para caracterizar o neoliberalismo, os pontos por ela indicados, sobretudo, por exemplo, a redução do déficit público, a liberação do comércio exterior, a privatização das empresas públicas e a desregulação das atividades produtivas, influenciaram por demais o retorno das políticas de não intervenção do Estado na economia, a redução do volume de suas funções, com a transferência da prestação dos serviços aos particulares, sem dispensar o Estado o gerenciamento das atividades por eles desenvolvidas.

Luís S. Cabral de Moncada, ao se reportar aos novos desafios da regulação da economia pelo Estado democrático e pluralista, expõe que:

“[...] a modernização da Administração subentende a continuidade das atribuições do Estado, mas dentro de formas orgânicas adequadas à prestação de serviços públicos eficientes e sem onerar excessivamente o orçamento do Estado. Os poderes públicos não deixam de ser responsáveis pela garantia de certos serviços públicos, designadamente dos que apresentam interesse colectivo, mas afastam-se da responsabilidade directa pela prestação dos mesmos, embora não possam deixar de fornecer o quadro geral dentro do

qual certas entidades públicas ou privadas os fornecem. Regulam, não intervêm directamente. Com efeito, a regulação é o mecanismo adequado à preservação de um quadro de interesses públicos num mundo em que o mercado e o direito privado ganharam foros de modelo global de decisão econômica. (MONCADA, 2007, p. 47-48) ”.

Essa é a nova roupagem do Estado Subsidiário ou Regulador. O ente estatal passa a se abster de exercer atividades por ele antes prestadas diretamente, para possibilitar condições ao particular de realizá-las por sua própria iniciativa, utilizando-se dos meios mais convenientes (desregulação ou limite à intervenção do poder público nas atividades econômicas); como também, por outro lado, o Estado se obriga a incentivar, ordenar e fiscalizar a iniciativa privada, a fim de permitir aos particulares os requisitos necessários ao desempenho dos serviços em vários setores da sociedade (nova forma de regular).

Constata-se, dessa maneira, a utilização de programas de desestatização, como manifestação direta do repasse das atividades econômicas à iniciativa privada, como diminuição do tamanho das atribuições do Estado deficitário, como controle dos gastos públicos e da desburocratização da Administração Pública em prol da eficiência e especialidade dos serviços, configurando-se a privatização de empresas estatais, como consequência da aplicação do princípio da subsidiariedade.

1.2 A afirmação do direito administrativo sancionador

O art. 174 da Constituição Federal apresenta o Estado como agente normativo e regulador da economia, ao dispor que o ente estatal exercerá, nos moldes legais, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Isso significa dizer que, com o abrandamento do intervencionismo estatal, advindo com a política neoliberal e a aplicação do princípio da subsidiariedade, o Estado passou a intervir de forma indireta no domínio econômico ocupando a posição de agente normativo, regulador da atividade econômica e assim o faz, mediante a realização das funções de fiscalização e incentivo da iniciativa privada.

O Estado age como agente fiscalizador, quando ordena ou regula a prestação das atividades econômicas, de forma a assegurar os níveis de concorrência adequados à prestação dos bens e serviços. Para tanto, a entidade estatal impõe preços, delimita a quantidade e a qualidade dos serviços e produtos, para assegurar a livre iniciativa e a livre concorrência, em prol de uma maior produção e menor preço ao destinatário final (consumidores e usuários).

A regulação do Estado também se demonstra no exercício de seu poder de polícia, quando comina sanções administrativas, para reprimir as práticas abusivas das empresas privadas no mercado. Destarte, conforme explica Alexandre Santos de Aragão, “há, portanto, três poderes inerentes à regulação: aquele de editar a regra, o de assegurar a sua aplicação e o

de reprimir as infrações”. (ARAGÃO, 2007, p. 24). Nesse último ponto, temos a afirmação do Direito Administrativo Sancionador.

No que tange à repressão das infrações administrativas, o Estado se valerá da atuação não só de órgãos e entidades, como também, da necessária edição de leis que combatam ações danosas ao erário público e à população, como é o caso da Lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção.

2. A LEI ANTICORRUPÇÃO E SUAS REPERCUSSÕES LEGAIS NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

2.1 Análise da lei nº 12.846/2013 e a caracterização do contrato de leniência

A Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013, nasceu com o objetivo de responsabilizar administrativamente e civilmente as pessoas jurídicas privadas pela prática de atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, e aos ilícitos administrativos previstos na lei 8.666/93. Isso porque, a corrupção presente no cenário moderno, sobretudo no Brasil, exige uma mudança de comportamento não só por parte do Estado, mas, sobretudo, das empresas privadas que celebram contratos administrativos com órgãos e entidades públicas para prestação de atividades econômicas e serviços públicos.

Como diz Cláudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho, “a realidade fática em que vivemos, sobretudo com a exposição midiática das operações policiais que desvelam grandes escândalos de corrupção [...] deixa clara a necessidade de reavaliar as ações do poder público que visam a combater a corrupção no plano normativo e fático.” (COELHO, 2016, p. 86)

Em razão disso, mencionada legislação esboça em seu artigo 5º várias ações que lesionam a administração pública, nacional ou estrangeira, atentando contra o patrimônio público, aos princípios e aos compromissos internacionais celebrados e que ensejam a instauração de procedimento administrativo para aplicação das penalidades cabíveis, a saber:

“Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

- a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
- b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
- c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
- d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
- e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
- f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
- g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional. ”

O artigo 6º, por sua vez, estabelece que as penas administrativas serão a “multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimativa” e a “publicação extraordinária da decisão condenatória.”

Ocorre, contudo, que a própria legislação estabelece em seu artigo 16 e seguintes a atenuação dessas sanções administrativas e da pena prevista no inciso IV, do artigo 19, caso a empresa jurídica investigada celebre um acordo de leniência. Para tanto, o particular deverá assinar um contrato administrativo que esboçará as características da consensualidade, da formalidade, da comutatividade, sendo realizado *intuitu personae*, desde que reconheça os ilícitos cometidos, não cometa mais infrações administrativas e colabore com o processo de investigação, identificando o demais envolvidos na infração, quando for possível e obtenha informações e documentos que corroborem o ilícito objeto de investigação, a teor dos incisos I e II, do artigo 16, da Lei nº 12.846/2013.

2.2 A delação premiada administrativa e o princípio da presunção da inocência
Semelhante ao instituto da delação premiada, prevista inicialmente na Lei nº 8.072/90, que objetiva a desarticulação de quadrilhas, bandos e organizações criminosas, a fim de facilitar o processo de investigação criminal e evitar a ocorrência de novas práticas delituosas, o artigo 16 da Lei nº 12.846/2013, como visto, apresenta uma espécie de “delação premiada administrativa”, eis que possibilita o que Guilherme Nucci intitula de “dedurismo oficializado”, quando dispõe que:

“[...] apesar de moralmente criticável, de ser incentivado em face do aumento contínuo do crime organizado. É um mal necessário, pois trata-se da forma mais eficaz de se quebrar a espinha dorsal das quadrilhas, permitindo que um de seus membros possa se arrepender, entregando a atividade dos demais e proporcionando ao Estado resultados positivos no combate à criminalidade. (NUCCI, 2007, p. 716) ”

Ressalte-se, também, que de acordo com o § 1º e seus incisos, do artigo 16, o acordo de leniência somente poderá ser celebrado se atendidos, de forma cumulativa, os seguintes pressupostos: a) a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; b) a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; e, c) a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Inicialmente, cumpre registrar, que essa legislação previa a celebração do contrato entre a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública e as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos sem a presença do Ministério Público. Esse fato, trouxe algumas inquietações jurídicas, sobretudo em razão da necessária segurança jurídica e da confiança estabelecida entre as partes, isso porque, as provas obtidas mediante a celebração do contrato de leniência poderiam ser utilizadas pelo representante do Ministério Público, sobretudo, para fins de responsabilização penal, na medida em que as instâncias e os órgãos de fiscalização são independentes.

A fim de amenizar esse impasse jurídico e não desestimular a celebração dos acordos administrativos, na medida em que ao formatar a “delação premiada administrativa”, a empresa acabava por produzir provas que poderiam ser usadas em outros processos que não haviam sido objeto de negociação, foi editada a Medida Provisória nº 703/2015, a qual modificou o artigo 16 da Lei Anticorrupção para permitir a atuação dos órgãos de controle interno das entidades federativas em conjunto com o Ministério público e estabelecia que:

“Art. 16. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, no âmbito de suas competências, por meio de seus órgãos de controle interno, de forma isolada ou em

conjunto com o Ministério Público ou com a Advocacia Pública, celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos e pelos fatos investigados e previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, de forma que dessa colaboração resulte:

I – a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber;

II – a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação;

III – a cooperação da pessoa jurídica com as investigações, em face de sua responsabilidade objetiva; e

IV – o comprometimento da pessoa jurídica na implementação ou na melhoria de mecanismos internos de integridade. ”

Todavia, a Medida Provisória em destaque, perdeu sua vigência sem ser transformada em lei ordinária. Percebe-se, com isso, que a omissão legislativa operacionaliza um retrocesso no âmbito jurídico no que tange à celebração do acordo de leniência sem a presença do Ministério Público, haja vista que fere a garantia constitucional prevista no inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição Federal, que estabelece: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A essência do princípio da presunção da inocência está prevista inclusive em normas internacionais, como o artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando intitula que: “Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas. ”

Considerando a aplicação e interpretação ampla do princípio em nosso ordenamento jurídico, entendemos ser necessária a celebração do contrato de leniência com a presença do Ministério Público, não só como uma forma de efetivar os processos investigativos administrativos e penais, mas também, como meio de compatibilizar os preceitos da Lei nº 12.846/2013 com nosso ordenamento constitucional.

3. O DIREITO PENAL NEGOCIAL COMO APOSTA DO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

O direito administrativo sancionador é uma extensão de um sistema onde o poder executivo assume funções que normalmente seriam de outros poderes. O direito processual penal brasileiro sofre reflexo direto desse movimento. Já em 1995, com o advento da Lei nº 9.099, que introduziu a logística dos juizados especiais criminais (ou procedimento sumaríssimo, como regula o atual artigo 394 do código de processo penal brasileiro). Nessa lei, duas medidas foram trazidas do sistema americano de *Plea bargain*, a transação penal, onde o *parquet* brasileiro propõe uma possibilidade de sanção processual (pois não pode ser

considerado pena) como condição de não denúncia do fato (contrariando expressamente o princípio da obrigatoriedade da ação penal). Outra inovação apresentada por esta lei, é a suspensão condicional do processo (*sursis processual*), onde o processo de delito cuja pena mínima isolada ou cumulada não exceda a um ano. Neste caso, o processo fica suspenso por um período de prova, e caso haja o cumprimento do acordado, o processo é arquivado.

Neste rastro, surgiu a delação premiada (ou a colaboração premiada). A doutrina brasileira, em sua maioria, erroneamente usa as duas expressões como sinônimos. Tal equívoco é baseado na confusão feita pelo sistema legal. A delação seria um instituto mais antigo, trazido pelo código penal no artigo 159, defendendo que o agente que participa da atividade de extorsão mediante sequestro, e delatar os coautores, poderá ter uma diminuição da pena. No caso da colaboração, como se pode observar na Lei de organizações criminosas, onde o Estado brasileiro poderá, mediante a colaboração eficaz do agente, diminuir a pena, conceder perdão judicial e até mesmo a extinção da punibilidade. Como se percebe, a colaboração tem um feito mais complexo, ainda que seja dado na sentença.

As duas maiores críticas são:

- a) Os acordos de colaborações são feitos em operações policiais, quase sempre, com agente que foram alvos da cautelar da prisão preventiva. Desse modo, o agente sofre uma coação psicológica (privação de liberdade) como meio de coação para colaborar com as investigações ou no fornecimento de provas e,
- b) Que esse tipo de procedimento enseja na violação do princípio da presunção de inocência.

A presunção de inocência, portanto, é a representação de um regime democrático de direito. Atualmente, o sistema judiciário brasileiro adotou a perspectiva de que o princípio da presunção de inocência seria um direito relativo, o que contraria o pacto de San José da Costa Rica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, concluímos, que o fato da Medida Provisória em apreço haver perdido sua vigência, essa omissão legislativa não pode ser óbice à formatação do acordo de leniência, contudo, entendemos que a presença do representante do Ministério Público é fundamental para a garantia dos efeitos dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da presunção da inocência, fato que enseja a propositura de instrumentos legislativos que autorizem os órgãos e as entidades públicas nesse sentido.

A questão é que esse procedimento de exclusão do sistema de prestação jurisdicional, tanto no acordo de leniência, quanto nas medidas negociais do sistema penal, é apresentado como uma ferramenta de combate ao asoberbamento do judiciário, contudo, o preço pago pode

ser bastante alto. Os princípios da segurança jurídica, presunção de inocência e boa-fé objetiva são mitigados em nome da efetividade das medidas. Essa mitigação poderá trazer uma instabilidade no sistema jurídico brasileiro e na efetivação dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, ALEXANDRE SANTOS DE. AGÊNCIAS REGULADORAS E A EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2004.

_____. O CONCEITO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO. REVISTA DOS TRIBUNAIS, ANO 96, V. 859, P. 23-24, 36-37, MAIO, 2007.

COELHO, CLÁUDIO CARNEIRO BEZERRA PINTO. COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA NECESSIDADE PARA O BRASIL. REVISTA DE DIREITO DA FACULDADE GUANAMBI. ANO 2, VOL. 3, N. 1. JUL-DEZ 2016. ISSN 2447-6536

DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. PARCERIAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONCESSÃO, PERMISSÃO, FRANQUIA, TERCEIRIZAÇÃO, PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E OUTRAS FORMAS. SÃO PAULO: ATLAS, 2008.

FERNANDES, LUCIANA DE MEDEIROS. REFORMA DO ESTADO E TERCEIRO SETOR. CURITIBA: JURUÁ, 2009.

MEDAUAR, ODETE. REGULAÇÃO E AUTO REGULAÇÃO. REVISTA DIREITO ADMINISTRATIVO, RIO DE JANEIRO, N. 228, P. 123-128, ABR./JUN. 2002.

MONCADA, LUÍS S. CABRAL DE. DIREITO ECONÓMICO. COIMBRA: COIMBRA ED. 2007.

NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. MANUAL DE DIREITO PENAL: PARTE GERAL: PARTE ESPECIAL. 3. ED. SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2009.

A INFLUÊNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS: A TUTELA EXTERNA DO CRÉDITO NOS CONTRATOS PARITÁRIOS E DE ADESÃO.

Marianna Sales de Moraes Souza (Direito/FADIC) 100

Marília de Melo Cavalcanti (Direito/FADIC) 101

Thaís Caroline Bezerra de Queiroz (Direito/Fadic) 102

Orientadora: Renata Cristina O. Lacerda de Andrade 103

Resumo: As relações pautadas no Estado Liberal burguês vincularam as partes ao pleno exercício livre das relações contratuais. Isso ocorreu devido às influências das Revoluções Americana e Francesa, com a queda do Absolutismo, em que as bases intervencionistas estatais do Mercantilismo cederam espaço à Livre Iniciativa, com autodeterminação individual e abstenção do controle Estatal. Inicialmente, segundo a perspectiva de Benjamin Constant, a liberdade incorporou o plano econômico, sem pretensões de abranger a esfera social. Segundo Paulo Lôbo, pontua-se que a teoria clássica do contrato pautada na supremacia da autonomia da vontade individual entrou em crise, a partir do século XX, devido aos conflitos decorridos pelo novo panorama trazido pelas Constituições sociais. No Brasil, o auge do Estado social foi com a Constituição 1988, na qual se promoveu a justiça social, submetendo os contratos à ordem econômica e social. A partir disso, surge um equilíbrio entre interesses individuais e interesses sociais, ou seja, uma maior proteção das partes e de sistemas vulneráveis. Nesta senda, desenvolvem-se os Princípios Jurídicos sociais, respaldados pelos antigos Princípios Individuais. Sendo assim, a função social dos contratos se torna um dos principais princípios, conjuntamente ao da Boa-Fé objetiva, para integrar a tutela externa do crédito, requerendo uma tutela ampla, como uma via de mão dupla, na qual há o respeito mútuo entre os contratantes e a sociedade. Dessa forma, o objetivo norteador é abordar a tutela externa do crédito como um ato de autonomia negocial, ainda que positivo para as partes, possa vitimar um terceiro estranho ao negócio jurídico, mas também nos contratos que exigem a proteção de direitos contra ofensa por parte de terceiros, como trazido na perspectiva de Cristiano Chaves de Farias. Além disso, expor os contratos paritários, em que há livre disposição das partes, e os contratos de adesão, nos quais muitas vezes ocorre uma hipossuficiência do consumidor, com vícios que cabem nulidade dos atos. A metodologia utilizada serão bibliografias, artigos, o Código Civil e a Constituição/88. Espera-se demonstrar que a tutela externa do crédito tem uma atuação mais abrangente, não só apenas ao atingir

100 Estudante, Faculdade Damas da Instrução Cristã, marianna.sales1998@gmail.com

101 Estudante, Faculdade Damas da Instrução Cristã, marilia.meloc@gmail.com

102 Estudante, Faculdade Damas da Instrução Cristã, thaís.bez.98@gmail.com

103 Prof. Dra., Faculdade Damas da Instrução Cristã, renatacolandrade@gmail.com

interesses metaindividuais e do terceiro ofensor, enfatizando a previsão atual de um terceiro ofendido, a exemplo dos casos de um consumidor por equiparação, perante os contratos de adesão e paritários. Fica claro, portanto, que a liberdade de contratação sofreu alterações expressas com limites fundamentados nos princípios sociais. É evidente que a função social não exclui a função individual do contrato, nem se confunde com a função econômica, na verdade, aquela integra o contrato como um dever geral da conduta, independente da vontade das partes. Por fim, denota-se a compatibilidade entre os princípios individuais e o Estado social, pleiteando-se uma interpretação sempre conformizada e harmonizável.

Palavras-chave: Contrato. Função social. Tutela externa do crédito. Adesão. Paritário.

Abstract: The relations based on the bourgeois Liberal State bound the parties to the full free exercise of contractual relations. This was due to the influences of the American and French Revolutions, with the fall of Absolutism, in which the state interventionist bases of Mercantilism gave way to the Free Initiative, with individual self-determination and abstention from State control. Initially, according to the perspective of Benjamin Constant, freedom incorporated the economic plan, without pretensions to cover the social sphere. According to Paulo Lôbo, it is pointed out that the classical theory of the contract based on the supremacy of the autonomy of the individual will entered into crisis, beginning in the twentieth century, due to the conflicts that have arisen from the new panorama brought about by the social Constitutions. In Brazil, the rise of the social state was with the 1988 Constitution, in which social justice was promoted, subjecting the contracts to the economic and social order. From this, a balance emerges between individual interests and social interests, that is, greater protection of the parties and vulnerable systems. In this path, the Social Legal Principles are developed, backed by the old Individual Principles. Thus, the social function of contracts becomes one of the main principles, together with that of the objective Good Faith, to integrate external protection of credit, requiring a broad tutelage, as a two-way street, in which there is mutual respect between contractors and society. Thus, the guiding objective is to address the external protection of credit as an act of negotiating autonomy, even if positive for the parties, may victimize a third party outside the legal business, but also in contracts that require the protection of rights against of third parties, as brought in the perspective of Cristiano Chaves de Farias. In addition, it sets out the joint contracts, in which there is free disposal of the parties, and the contracts of adhesion, in which there is often a consumer hyposufficiency, with vices that invalidate the acts. The methodology used will be bibliographies, articles, the Civil Code and the Constitution/88. It is hoped to demonstrate that the external protection of the credit has a more comprehensive action, not only only to reach metaindividual interests and the third offender, emphasizing the current forecast of an offended third party, like the cases of a consumer by

equation, before the contracts of adhesion and parities. It is clear, therefore, that freedom of contract has undergone explicit changes with limits based on social principles. It is evident that the social function does not exclude the individual function of the contract, nor is it confused with the economic function; in fact, it integrates the contract as a general duty of conduct, independent of the will of the parties. Finally, the compatibility between the individual principles and the social state is denoted by an interpretation that is always conformed and harmonized.

Keywords: Contract. Social role. External tutorship of credit. Accession. Couple.

INTRODUÇÃO

Antes de tudo, é válido pontuar que o Estado Liberal significou a desmantelamento das bases Absolutistas nas quais havia uma dependência da vontade e da concessão do soberano político nas relações privadas. Nota-se que, a partir do momento em que a Revolução Americana introduziu as bases liberais, em que posteriormente a Revolução Francesa¹⁰⁴ sintetizaria este novo panorama, a autonomia privada passaria a justificar-se por si mesma, tendo as relações privadas novos destinos.

Em princípio, o principal ponto que trinfou, para as relações privadas, foi a liberdade contratual ilimitada, pautada justamente no liberal burguês, que prezou se desprender do controle imposto pelo Estado, antes tão evidente. Como inicialmente não havia previsões constitucionais legais, a concepção de liberdade contratual se respaldou na “mão invisível” do mercado, de forma que o equilíbrio achado seria dado naturalmente para os interesses privados, não necessitando, por conseguinte, de interferência estatal.

Nota-se que o conceito de liberdade se altera bastante durante os tempos, ao vincular-se em cada momento histórico com as influências políticas, econômicas ou sociais. Para os antigos greco-romanos a liberdade era um vínculo estrito com a política, sendo o cidadão apenas aquele que poderia governar e decidir a *res publica*. Já no medievo, surgiu a noção de livre-arbítrio, com uma liberdade interior, que deu azo ao surgimento da liberdade dos modernos.

Em 1819, Benjamin Constant proferiu um discurso que obteve significativo alcance por comparar o conceito de liberdade basicamente à economia, como a liberdade de iniciativa, de propriedade e de contrato, ou seja, aquela entendida como o não impedimento à ação individual. Essa dar-se-ia plena no instante em que a fruição dos bens fosse desimpedida, os

¹⁰⁴ Mediante a perspectiva do historiador Eric Hobsbawn, ao tratar das transformações provocadas especialmente pela Revolução Francesa de 1789 e pela Revolução Industrial, quando se compara a Revolução Americana à propagação da Revolução Francesa, essa foi consideravelmente maior, conquanto isso não obstrua a importância daquela. Prova disso está ao analisar-se o quadro posterior a 1789, onde diversos levantes, principalmente na América Latina, transformaram o panorama mundial, inclusive atingindo religiões como a islâmica, já que as ideias da cristandade ocidental eram latentes em França. Por isso, conclui-se que essa forneceu o padrão e o fervor para ideais como o socialismo e o comunismo modernos, ou seja, “A Revolução Francesa é assim a revolução do seu tempo, e não apenas uma, embora a mais proeminente, do seu tipo” (HOBSBAWN, 2014, p. 100), com condições tanto francesas quanto externas europeias.

contratos moldados perante à vontade autônoma e com um Estado mínimo, como prezava as bases liberalistas clássicas. A noção de liberdade vinculada à economia também tem influência da quebra das estruturas mercantilistas, que por muito tempo causaram entraves às relações comerciais, e, porquanto, o liberalismo viria justamente para anular o impedimento latente e intervencionista Estatal.

Denota-se que, no contexto moderno, o contrato representava uma espontânea submissão do indivíduo tendo limitação da liberdade em três momentos: pela liberdade de contratar, positivamente de livre escolha, ou pela liberdade negativa, a de não contratar; a de intangibilidade do pacto, ou seja, o *pacta sunt servanda*, revelando a obrigatoriedade dos efeitos contratuais, já que aquele era justo por ser emanado da vontade livre das partes; e pela relatividade contratual, em que supostamente o contrato somente vincularia as partes, sendo inofensivo a terceiros, pois não incluiria a vontade desses, portanto, sendo objeto estranho à formação jurídica do negócio.

Não obstante isso, através dos novos signos da modernidade, com o advento do Estado social, esse panorama foi-se alterando dessa perspectiva clássica. A necessidade de um rearranjo justificou-se, evidentemente, por emergir orientações reguladoras que visaram a questão do bem-estar social do *welfare state* na época e, mais atualmente, pela revisão dada ao direito civil mediante a ótica principiológica das Constituições, declinando, por isso, concepções de autonomia da vontade exacerbadas, que foram tão disseminadas na modernidade pelas concepções de Immanuel Kant¹⁰⁵. Aquela liberdade, portanto, passaria a ser vinculada ao social.

A perspectiva de livres escolhas e responsabilização pura por essas, trazidas na era Moderna, foi perdendo espaço para cenários que buscaram observar não o direito como um sistema formal, fechado e independente, mas sim passível de acarretar consequências sociais. Devido a esses conflitos gerados entre as ideologias de suprema autonomia individual e a Constituição social, especialmente disseminada nas primeiras décadas do século XX, o Estado se respaldou mais por princípios sociais para a proteção dos interesses coletivos, e não apenas os individuais.

“Mudam-se os focos: a autonomia individual, ao invés de instrumento de limitação do poder estatal, é substituída pela limitação estatal dos poderes econômicos privados, em prol do equilíbrio entre interesses individuais e interesses sociais e da proteção das partes e de

¹⁰⁵ É notório que a perspectiva Kantiana de autonomia da vontade como princípio supremo da moralidade imperou veementemente para disseminar as ideologias de livre-iniciativa na modernidade. A referência filosófica introduzida por Immanuel Kant traz a autonomia da vontade como uma fundamentação em si mesma, ou seja, “é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer)”, estando a vontade de todo ser racional necessariamente vinculada à ela como condição, portanto, um princípio sendo um imperativo categórico, comandando a autonomia. (KANT, 2011, p. 90)

sistemas vulneráveis (por exemplo o consumidor e o meio ambiente) ". (LÔBO, 2014, p. 40)

Com isso, o Estado busca não apenas garantir a liberdade e a autonomia contratual dos indivíduos, mas também intervir profundamente em relações contratuais que ultrapassem o limite da justiça, seja ela comutativa, distributiva ou social. Embora, isso não queira dizer que o Estado rompeu totalmente com os pressupostos do Estado Liberal, só que aquele, atualmente, busca soluções plausíveis entre os valores individualistas e solidários, marcados pelo individualismo e pelo princípio da solidariedade social.

No Brasil, as constituições liberais de 1824 e 1891 não abordavam sobre a ordem econômica e social, pois a noção liberal individualista reinante não deixava ultrapassar o limite de intervenção estatal, mantendo, o máximo possível as relações privadas regulamentadas espontaneamente pelo mercado. Já quando se inauguraram aquelas noções de Estado social, a primeira constituição que sintetizou isso foi a de 1934, no governo de Getúlio Vargas, sendo o ápice considerado na Constituição de 1988, também chamada de Constituição Cidadã, que conseguiu representar o interesse das diversas camadas sociais, disciplinando conteúdos os mais abrangentes possíveis.

Abrem-se, portanto, as portas para um direito privado humanizado, que suprimiu a sacralidade da autonomia da vontade, agora movimentado por uma junção de autonomia privada e Princípios da Dignidade Humana (art. 1º, III, CF) e da Ordem Econômica (art. 170, CF).

Mesmo diante essa seara, não se pode afirmar que ocorreu a extirpação dos princípios clássicos da teoria contratual, pois é evidente que ainda sobrevivem a liberdade contratual, a força obrigatória e a relatividade dos contratos. Todavia, a partir de agora, esses antigos princípios ensejam o direito civil conjuntamente ao nascimento do solidarismo constitucional, que trouxe a tona princípios como o da Boa-Fé Objetiva, o da justiça (equilíbrio contratual) e, especialmente, o da Função Social dos contratos. Em suma:

"O contrato hoje pode ser conceituado como um instrumento de tutela à pessoa humana, um suporte para o livre desenvolvimento de sua existência, inserindo-se a pessoa em sociedade em uma diretriz de solidariedade (art. 1º, III, CF), na qual o "estar para o outro" se converte em linha hermenêutica de todas as situações patrimoniais". (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 148).

1. A FUNÇÃO SOCIAL COMO PRINCÍPIO NORTEADOR

De início, reconhece-se que os três princípios sociais dos contratos - Função Social, Boa-Fé Objetiva e Equivalência Material - são comuns a todos os contratos, mesmo que não haja configurado o poder de negócio dominante, podendo, em alguns casos, serem complementados por outros princípios.

Nesta seara, a importância dada ao princípio da função social (art.421 CC), visto como a maior inovação do direito contratual brasileiro, encontra-se na busca de contemplar o interesse social e a vulnerabilidade em qualquer contrato (especialmente nos de adesão). Preza-se que os interesses individuais das partes contratantes sejam exercidos conforme os interesses sociais, ou seja, havendo conflito, prevalecerá os interesses sociais. Isso se dá, nitidamente, porque qualquer contrato repercute na esfera social, não representando, como antigamente, a crença de um circuito fechado de relações privadas no qual só caberia o interesse das partes, a exemplo do princípio da relatividade dos contratos.

Dessa forma, a função social vem para restringir, não anular, a exclusividade individual de qualquer função do contrato, respaldada pela Constituição Federal, dentro da ordem econômica e social (a exemplo do art. 170 CF). A justiça social, por conseguinte, orienta os contratos e seus fins, introduzindo a função social na atividade econômica. Não obstante, isso não significa que aquela se confunda com a função econômica do contrato, sendo polos distintos. Enquanto a função econômica vincula os interesses particulares das partes, a função social é algo mais externo ao contrato, integrando-se nele independentemente da vontade das partes.

Sendo assim, o princípio da função social do contrato integra o contrato como um dever geral de conduta, sem que sua aplicação dependa de algum querer. Por isso, a dupla eficácia prevista para os contratos: a individual, autorregulação dos interesses individuais, e a social, conformidade com interesses sociais, representando, por conseguinte, uma ambivalência. Assim, denota-se que a função de fato do contrato seria atender aos interesses da pessoa humana, e não a plena segurança jurídica, ou seja:

Nesse contexto, o contrato não pode mais ser visto como uma bolha, que isola as partes do meio social. Simbolicamente, a função social funciona como uma agulha, que fura a bolha, trazendo uma interpretação social dos pactos. Não se deve mais interpretar os contratos somente de acordo com aquilo que foi assinado pelas partes, mas sim levando-se em conta a realidade social que os circunda. (TARTUCE, 2017, p. 633-634)

1.1. Os Contratos Paritários e seus desdobramentos

Os contratos paritários consistem em uma espécie de contratos no qual as partes encontram-se em igualdade de condições para discutir os termos do ato negocial, havendo um mútuo consenso de duas ou mais pessoas sobre um determinado objeto em comum. Em regra, não seria possível criar, mediante contrato, direitos e obrigações para outrem, porém, devido a interferência no plano exterior, a Constituição Federal passou a tutelar a possibilidade de exigência na esfera cível de uma função social para os contratos.

A função social do contrato passou a ser adotada, no sentido de existir a intervenção estatal no contrato entre particulares, com o objetivo de tentar preservar a igualdade entre os

contratantes. O Estado intervém com o objetivo de harmonizar e equilibrar as vontades individuais dos particulares, com os interesses gerais da sociedade. O modelo intervencionista passou a ser enfatizado pela Constituição Federal em 1988.

Logo se entende que o princípio da função social traz consequências para dentro e para fora do contrato, onde se observa que, antes de entrar em vigor o novo código civil de 2002, os direitos e obrigações se davam tão somente as partes vinculantes do contrato em questão. Só com a modernização do código civil de 1916 a partir de 2002 que, o artigo 421 se modificou. Atualmente o contrato deixou de ser meramente uma relação de obrigação material e passou a levar em consideração a sociedade.

Como se observa o artigo 421 "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". Ou melhor, a função social seria uma cláusula geral de revisão dos efeitos do contrato em relação a terceiros, onde o acordo não é algo que é reconhecido como afetando apenas as partes diretamente envolvidas, implicando assim a tutela externa do crédito.

Carlos Roberto Gonçalves, defendendo o caráter restritivo da função social do contrato, leciona que este "constitui, assim, princípio moderno a ser observado pelo intérprete na aplicação dos contratos. Alia-se aos princípios tradicionais, como o da autonomia da vontade e da obrigatoriedade, muitas vezes impedindo que estes prevaleçam." (GONÇALVES, 2010, p.25).

Contudo, entende-se que, o princípio da função social, inserido na redação do artigo 421 do código civil não vem para excluir o princípio da autonomia contratual, apenas para reduzir o seu alcance quando existentes interesses individuais e metaindividuais relacionados com a dignidade da pessoa humana. Ainda que o artigo preconize a limitação da liberdade de contratar, esta refere-se à liberdade contratual, pois as partes possuem a prerrogativa de optar pela realização ou não do contrato. O que efetivamente sofre significativas limitações é a chamada liberdade contratual, ou seja, a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato. É necessário presumir a relação do contrato com o seu contexto social e não apenas sob o prisma individual, relativo aos contratantes, porque o contrato passou a interferir negativa e positivamente, também, em relação à coletividade. Gagliano afirma que, "A função social do contrato é, antes de tudo, um princípio jurídico de conteúdo indeterminado, que se compreende na medida em que lhe reconhecemos o precípua efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum". (GAGLIANO; FILHO, 2005, p.55).

A tutela externa do crédito (da obrigação), deriva do princípio da função social do contrato, que impõe um dever a toda coletividade (erga omnes), qual seja, a de não violar obrigação contratual alheia que saiba ou deveria saber de sua existência. Em outras palavras, quando há um negócio jurídico primário entre dois contratantes, que tem seu cumprimento interrompido ou prejudicado em razão da interferência de terceiros, causando algum tipo de

prejuízos a um dos contratantes ou até mesmo a esse terceiro que se encontra fora da relação contratual. Sendo defendida, conseqüentemente, uma forma de reparação de danos, visando a proteção dos direitos.

Existe também o caso em que a função social vai se distender para a esfera do terceiro ofendido, sendo considerado consumidor por equiparação, melhor dizendo, aquele que embora não esteja na direta relação de consumo, por ser atingido por um evento danoso equipara-se a figura do consumidor. Não ofendendo os direitos metaindividuais, mas termina por vitimar um terceiro completamente alheio àquele negócio. Como no caso da eficácia transobjetiva do contrato, previsto no artigo 17 “para os efeitos desta seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. Ainda, no artigo 29 do Código de defesa do consumidor “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”, ou seja, a responsabilidade de quem fornece determinado produto ou serviço, não se limita ao consumidor direto da relação e sim, a todos os afetados até indiretamente pelo bem de consumo.

2. A TUTELA EXTERNA DO CRÉDITO E A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Primeiramente, ressalta-se não há uma previsão legal que responsabilize o terceiro, porém existem artigos que poderiam fundamentar a intervenção e suas responsabilidades perante a parte prejudicada.

Os terceiros não podem ser credores ou devedores das prestações em contratos em que não foram partes. Porém, quanto aos deveres de conduta, a complexibilidade de qualquer obrigação exige que no processo da relação jurídica as partes não possam lesar a sociedade, pois há uma via de mão dupla que exige um contratante atuar para o bem comum como também não sacrificar o bem individual.

A violação da proteção é apenas visualizada quando um terceiro contribui para o descumprimento de uma relação obrigacional quando se realiza um segundo contrato incompatível com o primeiro que resultam na insatisfação do credor ao propiciar o inadimplemento e a destruição da obrigação inicial.

A tutela externa do crédito tem como objetivo a proteção desses direitos quando um terceiro impede o devedor de adimplir a obrigação. Dentro da linha da função social do contrato se batalha por uma tutela externa do crédito pela qual o terceiro seja responsabilizado pela ofensa a conduta, já que os terceiros não podem se comportar como se o contrato não existisse.

Em princípio, o terceiro não tem o dever de conhecer a existência do crédito alheio, mas quando toma consciência da existência daquele então passa a ter o dever geral de respeito,

assim, quando o terceiro ofende a relação contratual de que era conhecedor, ele descumpre a cláusula geral do ato ilícito exposto no artigo 186/CC.

O terceiro, quando ofende o crédito alheio através da realização de um novo contrato com uma das partes, demonstra uma interferência ilícita porque há uma incompatibilidade entre os dois contratos, por isso induz a violação do negócio jurídico primitivo.

Para se responsabilizar o terceiro, é preciso à prova do nexa causal entre o dano causado e a interferência indevida no contrato, para isso, é necessária a intenção de intervir não sendo precisamente o dolo, mas uma interferência não justificada.

Com isso, responde o terceiro pelo artigo 187/CC, expondo aquele que comete o ato ilícito, concluindo que esse terceiro comete o exercício irregular de direito quando faz uma das partes desfazerem o negócio para depois contratar com ela sendo absolutamente desleal, acabando com o princípio da Boa-Fé e da função social do contrato. A responsabilidade do terceiro pela indução ao descumprimento da relação contratual é tratada como uma responsabilidade extracontratual.

Porém, quando restar configurada a responsabilidade entre o devedor e o terceiro - pluralidade de responsabilidades - haverá uma solidariedade passiva entre ambos perante o credor. Entretanto, os fundamentos de responsabilidade vão ser distintos porque o devedor responderá pelas normas relativas ao inadimplemento (art. 389/CC) e o terceiro pela responsabilidade extracontratual.

Um exemplo para melhor aquisição é o caso envolvendo duas marcas nacionais e o cantor Zeca Pagodinho. No ano de 2004, Zeca Pagodinho contratou a Schincariol para fazer um comercial de cerveja. Porém, o mesmo violou o contrato após receber uma proposta maior com outra marca, a Brahma - sendo concorrente da Schincariol-, para fazer um comercial utilizando sua imagem. Ficando prejudicada a marca concorrente, o caso foi levado ao Tribunal em que na decisão do TJ/SP, manteve a liminar para tirar o comercial da Brahma do ar respaldando a sua decisão na falta de ética do comercial, como dito pelo Ministro Paulo Severino: "quer sob ótica da concorrência desleal, quer sob a ótica da boa-fé objetiva, impõe-se reconhecer existência de ato ilícito".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Salienta-se, por fim, que, mediante os períodos históricos, o direito privado sofreu alterações significativas que causaram a necessidade de um rearranjo no início do século XX que pudesse dar cabimento à sua propagação. A substituição do modelo Liberal pelo Neoliberalismo foi fundamental nesse panorama trazido pelo constitucionalismo e as vertentes principiológicas. Não seria possível a formação de um Estado de bem-estar social pleno, no qual coubesse as condições sociais de justiça protetiva, representado por constituições mais

sociais, se não houvesse uma diminuição da autonomia da vontade, noção essa fortemente difundida na modernidade.

Dentro dos princípios norteadores dos contratos, na esfera do direito civil, a função social é considerada a maior inovação, por justamente contemplar interesses sociais e proteger vulneráveis, saindo daquele âmbito estrito que por tempos se acreditava atingir apenas os interesses dos vinculados ao contrato. Prova maior disso foi a discussão trazida na questão do terceiro ofendido, sendo considerado consumidor por equiparação, que, embora não estivesse na relação direta de consumo, seus interesses foram atingidos, e não apenas os metaindividuais do (s) contratante (s).

Ademais, a tutela externa do crédito, como forma de manter equilibrados os direitos e deveres dos contratantes, enraizou-se nas normas fundamentais da Constituição brasileira de 1988, com os princípios da solidariedade e da justiça social. Principal ponto está no respeito aos contratos de forma a não lesar a sociedade, ou seja, exige-se que um terceiro, alheio à relação jurídica, não impeça o contratante de adimplir dentro de sua obrigação contratual, tendo esse terceiro o conhecimento do negócio jurídico ou devendo tê-lo, pois, agirá com ilícito. Demonstrando-se, novamente, a influência da função social dos contratos, ao representar um dever social (*erga omnes*), de não violação contratual a todos.

Resta evidente, por conseguinte, que os novos princípios não são fonte de anulação contratual nas relações privadas autônomas ou dos princípios individuais do contrato, mas sim são novos norteadores das possíveis relações jurídicas dentro de uma sociedade que clama por mudanças devido às necessidades atuais de globalização. É evidente que isso deu equilíbrio e harmonia ao ordenamento jurídico para decisões mais ajustadas, e, que, por mais no fim desconhecida seja a trilha, é preciso percorrê-la em busca de novas conquistas para a esfera privada contratual, ratificando o pensamento de Farias:

Este é o nosso ponto de partida. Pouco se pode dizer sobre o restante do percurso, pois a pós-modernidade marca o direito pelo sinal da incerteza e da fragmentação. Vários caminhos se abrem sem que se afirme um norte. Certo é que o contrato não pode mais ser percebido como instituição. Tornar-se instituição significa paralisar a história, aceitar a imobilidade sob a capa da segurança. E toda segurança, no reino da contingência, é sempre uma forma de prisão. ((FARIAS; ROSENVALD, 2017, p.149)

REFERÊNCIAS

FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE; ROSENVALD, NELSON. CURSO DE DIREITO CIVIL: CONTRATOS. 7. ED. SALVADOR: JUSPODIVM, 2017. P. 147-274.

LÔBO, PAULO. DIREITO CIVIL: CONTRATOS. 2. ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2014. P. 15-70, 117-183.

GAGLIANO, PABLO STOLZE; FILHO, RODOLFO PAMPLONA. NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL: CONTRATO: TEORIA GERAL. SÃO PAULO: SARAIVA, 2010. V. 4, P. 45-70.

GOLÇALVES, CARLOS ROBERTO. DIREITO CIVIL BRASILEIRO: CONTRATOS E ATOS UNILATERAIS. 11. ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2014. V. 3, P. 18-40.

TARTUCE, FLÁVIO. MANUAL DE DIREITO CIVIL: VOLUME ÚNICO. 7. ED. RIO DE JANEIRO: FORENSE; SÃO PAULO: MÉTODO, 2017. P. 625-661.

HOBBSBAWN, ERIC J. A ERA DAS REVOLUÇÕES 1789-1848. 33. ED. RIO DE JANEIRO: PAZ E TERRA, 2014. P. 97 A 132.

KANT, IMMANUEL. FUNDAMENTAÇÃO DA METAFÍSICA DOS COSTUMES. 70. ED. LISBOA: BIBLIOTECA NACIONAL DE PORTUGAL – CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO, 2011. P. 90-91.

A RETÓRICA DA GOVERNANÇA CORPORATIVA: UMA ABORDAGEM HERMENÊUTICA

Mateus Tavares da Silva Cozer (Direito/ FADIC) 106

Resumo: Governança Corporativa é um tema com vasta literatura na área de finanças corporativas. Contudo, preocupa o pesquisador a questão da transparência e prestação de contas com a sociedade. Concretamente, preocupa-se com a opacidade da firma, sob a ótica do programa de mercados e hierarquias de Oliver Williamson e da Sociologia Econômica de Mark Granovetter. O objetivo do trabalho é discutir o tema da governança corporativa, com ênfase no binômio palavra-transação. O debate sobre “governança corporativa” foi delimitado ao referencial teórico da agenda estratégica, mecanismos de governança, finanças corporativas, direito, mercados, governança global, sustentabilidade e governança de tecnologia da informação. Assumindo a premissa de que atores situados estrategicamente se comportarão estrategicamente, a perspectiva deste trabalho é que a alta administração operacionalizaria a firma com um olhar sobre os interesses dos *stakeholders*. Em resumo, localizou-se um campo de pesquisa: “governança corporativa e direito”, influenciado pela hermenêutica jurídica, entendendo o lugar das redes centradas em computador. Este campo de pesquisa enfoca a unidade analítica “palavra-transação”. Palavras narrativas e transações econômicas são elementos de racionalidade, e articulam a retórica governança corporativa.

Palavras-chave: Governança corporativa. Direito de propriedade. Hermenêutica. Retórica.

Abstract: Globalization is still very partial and incomplete. Rules and norms of corporate governance are important components of the framework for successful market economies. Although corporate governance can be defined in a variety of ways, generally it involves the mechanisms by which a business enterprise, organized in a limited liability corporate form, is directed and controlled. It usually concerns mechanisms by which corporate managers are held accountable for corporate conduct and performance. The debates about governance and ethics have sprung from corporate failure, not from corporate success. The corporate sector has been plagued by huge scandals relating to excessive manager compensation and fraudulent bookkeeping. The field of corporate governance has a vast literature on corporate

¹⁰⁶ Bacharel em ciência da computação (UFPE), especialista em gestão (UFRGS) e mestre em administração (USP), E-mail: mtscozer@gmail.com

finance, for example the work of the author Michael Jensen. Otherwise the researcher is worried with the question of accountability. The core problem is the triumph of the economic over the social and the political aspects of business, reinforced by economic dogma that squelches a more balanced view of business and its role in society.

Keywords: *Corporate governance. Property right. Hermeneutics. Rhetoric.*

INTRODUÇÃO

O início do século 21 tem observado a confluência de três tendências de longo prazo no mundo dos negócios: a mudança de uma economia de bens para serviços, a rápida expansão de redes eletrônicas e a mensuração dos resultados da interligação entre as questões econômicas, sociais e ambientais (RUST, 2002; HODGES e GRAYSON, 2001; ZADEK, 2001; URBAN, 2004; HANSON, 1999; URDAN, 1993; BELL, 1973; De Masi, 1999; BENKLER, 2006; BEINHOCKER, 2006).

Governança significa governo. Segundo o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), “governança corporativa é o sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo os relacionamentos entre acionistas, conselho de administração, diretoria, auditoria independente e conselho fiscal”. O objetivo das práticas de governança corporativa é a criação e operacionalização de um conjunto de mecanismos que visam fazer com que as decisões sejam tomadas de forma a otimizar o desempenho de longo prazo da empresa. Entre os principais mecanismos internos de governança, pode-se citar: a existência de um conselho de administração ativo, independente e bem informado; a existência de um sistema de avaliação de desempenho e remuneração dos gestores (management) alinhados com os interesses de longo prazo dos acionistas (shareholders); e a existência de um sistema de prestação de contas dos resultados (por meio de relatórios anuais, relatórios de sustentabilidade e relatórios de gestão, entre outros) que assegure confiabilidade e transparência dos resultados da empresa aos investidores externos. Contudo, o estudo da governança corporativa é voltado principalmente para o acionista (shareholder). Poucos autores iluminam os demais stakeholders, muito menos se preocupam com o cliente (consumidor final), ou com a sociedade civil (cidadania).

1. PROBLEMA DE PESQUISA: QUAL É A CONTRIBUIÇÃO DA ECONOMIA INSTITUCIONAL NA GOVERNANÇA CORPORATIVA?

A questão da separação de propriedade e controle – a corporação multinacional serve não apenas aos proprietários (acionistas) ou ao controle (conselho de administração), mas toda a sociedade civil (ALEXANDER, 2006). Preocupa o problema da transparência (accountability) e prestação de contas com a sociedade.

2. OBJETIVO

O objetivo do trabalho é discutir o tema da governança corporativa, com ênfase no binômio palavra-transação.

3. INSTITUIÇÕES E TRANSAÇÕES ECONÔMICAS

A economia institucional (New Institutional Economics) e a sociologia econômica (Wirtschaftssoziologie) possuem um diálogo por meio dos autores Mark Granovetter e Oliver Williamson. Instituições importam e são suscetíveis à análise (NORTH, 1991). De acordo com Douglass North, instituições são “um plano criado para forçar os humanos a estruturarem suas interações políticas, econômicas e sociais. Elas consistem em restrições informais (sanções, tabus, costumes, tradições, e códigos de conduta) e regras formais (constituições, leis, direito de propriedade)”. Em consequência, elas estruturam incentivos de troca entre humanos, sejam eles políticos, sociais ou econômicos (NORTH, 1990). Em resumo, instituições são as regras do jogo (NORTH, 1991).

Organizações e instituições possuem literaturas distintas. Este ensaio procura contrastar estas duas literaturas. Entretanto, palavras, transações e governança possuem detalhes de uma abordagem analítica de redes. “Redes são condutoras de informação, oportunidade e influência” (LAZZARINI, 2007). A retórica, o direito, a estratégia, e a economia dos custos de transação possuem um diálogo por meio de canais de informação da Internet. Este ensaio se preocupa com o problema da decisão nas organizações. Concretamente, a retórica da governança corporativa é uma abordagem de gestão do conhecimento. O conhecimento é difícil de quantificar, possui valor monetário variável e é um bem pessoal, não empresarial.

Segundo Granovetter, uma das questões clássicas da teoria social é como o comportamento e as instituições são afetados por relações sociais. No entanto, a firma consiste em um sistema de relacionamentos, que existe quando a direção dos recursos é dependente do empreendedor (JACOBIDES, WINTER, 2007). No qual, sob a ótica da economia dos custos de transação, a unidade de análise é a transação, operação onde são negociados direitos de propriedade (COASE, 1937; ZYLBERSZTAJN, 1995). O programa “mercados e hierarquias” de Williamson descreve o esquema em três níveis: ambiente institucional, governança e indivíduo. O argumento da imersão enfatiza, por sua vez, o papel das relações pessoais concretas e as estruturas (ou “redes”) dessas relações na origem da confiança e no desencorajamento da má-fé (GRANOVETTER, 1985). Instituições e transações econômicas governam as relações entre indivíduos que se comunicam por meio de uma linguagem (RICOEUR, 2005; FERRAZ JR, 2015).

Violência, organizações, instituições e crenças são elementos de uma sociedade de acesso aberto (NORTH, WALLIS, WEINGAST, 2009). Organizações são centrais para todos os

aspectos da ordem social - econômico, político, religioso e social (NORTH, WALLIS, WEINGAST, 2009). O homem nasce em uma organização chamado hospital e quando morre, é enterrado por uma organização chamada funerária, quase tudo que acontece entre os dois fatos envolve organizações (MINTZBERG, 2006). Entretanto, Hobbes afirma que o homem é o lobo do homem.

A separação entre propriedade e controle, a quebra do átomo da propriedade, na corporação multinacional, é a questão central da governança corporativa. No entanto, a sociologia econômica mantém que elementos sociais como direito, normas, religião, classes sociais e política atuam em papéis cruciais no desenvolvimento de firmas e mercados (FLIGSTEIN, 2001; HESSE, XXXX). O direito de propriedade é uma intercessão entre as duas literaturas - organizações e instituições. Oliver Williamson, por sua vez, define firmas, mercados e contratos relacionais como importantes instituições econômicas do capitalismo. Contudo, crises econômicas são elementos do capitalismo Schumpeteriano. A globalização do mercado financeiro produziu firmas com mais de 100.000 funcionários, que precisam prestar contas das suas decisões estratégicas para os seus stakeholders. Superar a opacidade da firma é um desafio de transparência (GORZ, 2003). Coca-Cola, IBM e Microsoft colocam suas respectivas reputações em risco neste jogo de palavras-transações. Coca-Cola, IBM e Microsoft não são exemplos da opacidade da máquina burocrático-industrial do século 20. Coca-Cola, IBM e Microsoft são corporações multinacionais que atuam no século 21. O custo das palavras negativas não é igual a zero. A esfera civil e suas instituições comunicativas, a opinião pública, a mídia de massa, e associações civis analisam as marcas das corporações multinacionais, as quais tornam-se vidraças para a ação de ONGs como o Greenpeace (ALEXANDER, 2006).

4. REDES SOCIAIS E MERCADOS FINANCEIROS

O problema da imersão é um dos temas do trabalho do autor Mark Granovetter. A sociologia Granovetteriana preocupa-se com atividades conduzidas não por anônimos, agentes econômicos atômicos, mas por pessoas que geralmente conhecem pessoalmente uns aos outros, o que inclui entre as possíveis formas de interação entre estas pessoas, a imitação (GRANOVETTER, 1985, 1990). Por exemplo, o caso da arbitragem e do fundo Long Term Capital Management (MACKENZIE, 2005). O grupo liderado por John Meriwether no fundo de hedge Long Term Capital Management (LTCM) era altamente habilidoso, possuía dois prêmios Nobel de economia, Robert Merton e Myron Scholes, teve muito sucesso no seu auge, mas quase quebrou em Setembro de 1998 (LOWENSTEIN, 2001). A estrutura institucional do mercado financeiro onde o LTCM estava imerso, do ponto de vista de uma sociologia Granovetteriana, tomou a forma de imitação (MACKENZIE, 2005). Segundo a Fundação Nacional da Qualidade, benchmarking é a

busca das melhores práticas no setor que conduzem a um desempenho superior. Isomorfismo mimético, benchmarking e imitação são variações sobre o mesmo tema. Contudo, não se pode deixar de considerar a importância do mercado financeiro para a sociedade e muito menos para as corporações multinacionais (PREDA, 2009). Adolf Berle e Gardiner Means escreveram sobre o átomo da propriedade. A questão da separação entre propriedade e controle é um debate importante para a compreensão da governança corporativa (DAVIS, 2009, p. 42). O conselho de administração e a retórica da governança corporativa materializam-se no objetivo estratégico de maximizar o valor para o acionista. A remuneração dos executivos atrelada ao preço da ação da firma motiva desempenhos retóricos, com a intenção de persuadir acionistas no mercado financeiro, por exemplo, o caso do Banco Panamericano, controlado por Silvio Santos. Redes sociais conectam membros dos conselhos de administração de diferentes corporações (DAVIS, ROBBINS, 2005). A centralidade do conselho de administração é medida por meio do número de laços entre diferentes conselhos, e seu prestígio. Por exemplo, José Mauro Carneiro da Cunha, Francisco Gros e Antonio Bonchristiano foram os principais conselheiros de interligação (LAZZARINI, 2010, p. 106). Centralidade por estas medidas varia entre as firmas. Segundo Lazzarini (2007), as redes de proprietários no Brasil comportam-se como um "mundo pequeno" (small world). Portanto, segundo Granovetter, ação econômica em redes sociais, cultura, política e religião, derivam de dimensões não econômicas, da ação social. Os indivíduos do mundo pequeno do mercado financeiro se conhecem, por exemplo, Antonio Bonchristiano e Fersen Lambranco são sócios do GP Investimentos (LAZZARINI, 2010, p. 106). Portanto, relações sociais são conectadas com produtividade (GRANOVETTER, 2005). Os laços sociais entre os atores são afetados por suas relações com instituições como o Banco Central, o BNDES, a CVM e a Bovespa (GRUN, 2005). Por exemplo, Armínio Fraga foi presidente do Banco Central e, depois, presidente do conselho de administração da Bovespa, entre outras atividades profissionais no mercado financeiro (JP Morgan).

As instituições são soluções eficientes para determinados problemas econômicos, como a confiança (GRANOVETTER, 1985). Sociedades de acesso aberto usam ferramentas como organizações, nas quais os indivíduos aumentam sua produtividade (NORTH, WALLIS, WEINGAST, 2009). O acesso aos investidores de private equity como GP, Tarpon, BTG Pactual, Advent e Pátria não é aberto para todas as organizações. O acesso à avenida Brigadeiro Faria Lima, coração da intermediação financeira de São Paulo, é limitado. Bolhas, escândalos, e quebras são algumas características do mercado financeiro (DAVIS, 2009, p. 31). Bear Stearns, Lehman Brothers, Washington Mutual, Wachovia, entre outros, são uma lista de instituições financeiras que apresentaram problemas no

jogo de palavras-transações em 2008. A crença no jogo, o vapor da confiança, o problema entre teoria e prática, e também entre linguagem e economia dos custos de transação, assim como todos os "jogos de linguagem", de acordo com Ludwig Wittgenstein, nascem por meio do grupo que ele define (WACQUANT, 2004, p. 16).

Assim, governança corporativa descreve os sistemas que alocam poder e controlam os recursos entre participantes de organizações (DAVIS, 2009, p. 32). A teoria funcionalista da governança corporativa descreve apenas um lado de um heptágono, o qual representa o valor para o acionista (finanças corporativas). Contudo, o acionista está imerso em uma rede social. Esta rede social não é o Facebook, o LinkedIn ou o Twitter. A rede social é muito mais que uma metáfora. Os jogos de elites entre um time de grupos empresariais - Andrade Gutierrez, Camargo Corrêa, Bradesco, Vale ou Gerdau - projeta-se a partir de participações societárias com direito a voto (LAZZARINI, 2010, p. 76). Ressalta-se que a Andrade Gutierrez reconheceu equívocos, por meio da operação Lava Jato.

5. DIREITO E INOVAÇÃO

O investidor é uma figura cultural do capitalismo global (PREDA, 2005). A tradição sociológica de Max Weber identifica quatro figuras básicas do capitalismo: (1) o industrial; (2) o empreendedor, (3) o especulador, (4) o capitalista religioso.

O industrial que conhece o processo de produção de manufatura é uma categoria descrita por Adam Smith, e sua célebre fábrica de alfinetes, pode ser exemplificada pelo empresário Jorge Gerdau. O empreendedor descrito por Joseph Schumpeter é motivado pela inovação, pode ser exemplificada pelo empresário Steve Jobs (iPod, iPhone, iPad). O especulador é uma figura determinada pelo processo de acumulação descrito por Karl Marx, pode ser exemplificada pelo empresário Eike Batista (MMX, OGX, OSX), e, finalmente, o capitalista religioso é uma categoria descrita por Max Weber. Eike Batista foi dono de uma fortuna de 7,5 bilhões de dólares em 2010, com negócios de 87 bilhões de dólares, foi o maior doador individual da campanha presidencial de Lula, em 2006, estava imerso em um emaranhado de contatos, alianças e estratégias de apoio gravitando em torno de interesses políticos e econômicos, mas quebrou em 2014, e tornou-se outro Najj Nahas (GASPAR, 2014).

O legado cultural do investimento como uma ciência acredita no direito de acesso à informação financeira verdadeira, para estudá-la, para tomar decisões informadas, e defender o direito de propriedade no mercado (PREDA, 2005, p. 158). Informação pode ser considerada em termos dos meios de produção, armazenamento, transmissão e recepção de palavras e transações. Este sistema racionalista segue as idéias de Newton, Galileu e Espinosa.

O crescimento do mercado financeiro não implica em sua eficiência (PREDA, 2009). Instituições (direito, regras, práticas informais), governos, firmas, e a rede de relacionamentos entre atores coletivos dentro dos mercados operam para produzir mais estrutura social do que faz sentido para a teoria funcionalista da governança corporativa (JOO, 2010).

Mudança tecnológica pode ter um efeito independente na estrutura social (FLIGSTEIN, 2001). Tecnologias genéricas como mecanização, motor, eletricidade, produção em massa, tecnologia da informação não modifica a organização social existente onde a tecnologia não é relevante (PEREZ, 2002). As idéias de Taylor, Ford, e Chandler modificaram a Inglaterra e os EUA. O custo de transporte e comunicação é relevante para uma sociedade de acesso aberto.

A organização industrial depende dos empreendedores, a tecnologia e a competição dependem de fatores sociais. O crescimento econômico depende de governos, instituições, e tecnologias sociais, por meio das quais firmas são criadas. Por exemplo, o Vale do Silício é uma cidade do conhecimento com 10 universidades, 40 institutos de pesquisa, 8.718 corporações com mais de 100 colaboradores, 180 firmas de capital empreendedor (venture capital), 3.152 escritórios de advocacia, 329 firmas de recrutamento, 1.913 firmas de contabilidade, 311 agências de relações públicas, e 100 jornais (GRANOVETTER, 2009).

Contudo, a defesa dos direitos de propriedade é fundamental para o comportamento econômico. Eggertsson refere-se aos direitos dos indivíduos de usarem recursos de direitos de propriedade. Regras sobre direito de propriedade, estruturas de governança, regras de troca e concepções de controle regem o funcionamento das economias de mercado (FLIGSTEIN, 2001). Direito, retórica e comunicação são subsídios para uma pragmática do discurso jurídico (FERRAZ JR, 2015). Portanto, a hermenêutica filosófica, nos mostra que os nossos conceitos e nossas compreensões se assentam, na verdade, em pré-compreensões, em pré-conceitos. Isso demonstra que, qualquer pretensão à neutralidade científica e a verdades que não sejam apenas precárias e datadas (à luz de pré-compreensões) na ciência moderna, nos levam ao fracasso (GONÇALVES, 2014, p. 170; STRECK, 2014).

6. CAPITALISMO DE ESTADO

Estruturas sociais são úteis para manutenção de valor. A separação entre propriedade e controle é um dogma quase religioso da teoria da firma de Jensen e Meckling. A maximização dos lucros para os acionistas é uma função do CEO da corporação. Entretanto, o capitalismo de Estado brasileiro pressupõe que o trabalhador é um idiota, e que o empresário é um ladrão, então precisa ter um juiz no meio (DELFINO NETTO, 2016). O

Estado de Hobbes, e o contratualismo, decide tudo; não só a política, mas também a economia.

Palavras narrativas e transações econômicas são formas de lidar com o problema da transparência (accountability) e prestação de contas com os stakeholders (disclosure). Palavras narrativas e transações econômicas circulam na Internet - um canal de informação. Contudo, a economia da informação e as mídias sociais possibilitam diferentes estratégias de produção (BENKLER, 2006, p. 43).

O estudo da economia da informação, cultura e conhecimento é recente (WILLIAMSON, 1985, 1994). Os autores Bart Nooteboom (2004), Yochai Benkler (2006) e Eric Beinhocker (2006) escreveram três livros sobre a economia da informação, e a dinâmica das redes que contribuem para o debate acadêmico, ou seja, fluxos de informação, gestão do conhecimento e valor. Concretamente, Bill Gates, Larry Page, Sergey Brin, e Mark Zuckerberg são ícones da cultura digital. O Google é a maior empresa de mídia do mundo, na qual palavras narrativas e transações econômicas se conectam por meio de links patrocinados, com valor de mercado de US\$ 490 bilhões (2016). Vale a pena ressaltar que as condições materiais da produção mudaram (BENKLER, 2006, p. 92). A produção de não-mercado, por meio de uma cultura de "ler/escrever", usando recursos de e-mail, do YouTube, do Instagram, do Facebook, do Twitter, subverte a lógica da concentração de poder (LESSIG, 2008). A criatividade da cultura popular pode ser promovida por meio de redes digitais usando apenas um PC conectado com a Internet. A produção de informação por meio de blogs não distingue autores e leitores, produtores e espectadores, trabalhadores e empresários, acionistas e executivos de relações com investidores (JENKINS, 2006). "A internet oferece uma plataforma de comunicação que fortalece a ação em rede dos indivíduos" (ABRAMOVAY, 2009). Contudo, as divergências são resolvidas pelo poder judiciário. A interpretação constitucional revela-se um empreendimento complexo (BARROSO, 2016). A governança corporativa precisa respeitar os princípios constitucionais. Será?

7. A RETÓRICA DA GOVERNANÇA CORPORATIVA

O sistema de governança corporativa é o resultado de um processo político e histórico (FLIGSTEIN, CHOO, 2005, p. 66). Segundo o Cadbury Report, "governança corporativa é o sistema no qual corporações são dirigidas e controladas". O tema da governança do setor privado e os desafios pós- crise nos EUA foram apresentados pelo autor Gerald Davis.

A ciência das organizações está imersa em uma estrutura social (GRANOVETTER, 2005). A organização é uma sociedade de cérebros (BEINHOCKER, 2006). Organizações possuem uma arquitetura social para adaptabilidade composta por: comportamentos,

estruturas, processos e cultura (BEINHOCKER, 2006, p.350). Ressalta-se que este artigo se apóia na economia dos custos de transação, no trabalho de Ronald Coase e Oliver Williamson. A unidade de análise para estes autores é a transação. No entanto, a informação é transmitida socialmente por meio de palavras. Informações são entrada e saída no seu processo de produção (BENKLER, 2006). A palavra escrita descreve parte de uma herança que se chama cultura (NORTH, 1990, p.37). A sofisticada move-se num âmbito retórico, a arte dos meios e modos de persuasão, por exemplo, na obra de Protágoras. O desafio de uma cultura transparente é superar a opacidade da firma (GORZ, 1998).

A unidade analítica palavra-transação é uma contribuição baseada no trabalho de Paul Ricoeur, Michel Foucault e Ronald Coase. A retórica da governança corporativa é um modo de comunicação persuasiva (KOTLER, 2007; STRECK, 2014). A palavra narrativa é uma arma destinada a convencer os stakeholders (RICOEUR, 1975, p. 18). A estratégia de vitória busca o campo do poder (FERRAZ JR, 2015).

Os indicadores de desempenho de uma firma são apenas números de uma linguagem algébrica que faz sentido para profissionais de contabilidade e finanças. Sucesso significa que: $((\text{Receita} - \text{Despesa}) > 0)$. O investidor de sucesso não analisa apenas os dados matemáticos frios dos indicadores de desempenho financeiro de uma firma. A figura do investidor está imersa em uma estrutura social. O conselho de administração de uma organização é um mundo pequeno (DAVIS, 2009). No Brasil, existe uma dialética da malandragem, nas palavras de Antonio Candido. O Macunaíma, da obra de Mario de Andrade, foi bater na porta do BNDES. Em resumo, a organização dos mercados é de natureza político cultural. Portanto, a unidade analítica palavra-transação é um elemento para reduzir a opacidade da firma (GORZ, 1998). Palavras narrativas e transações econômicas descrevem o universo da retórica da governança corporativa (GRANDORI, 2004; CLARKE, 2007). Este universo, formalmente composto apenas por palavras e transações, é hermenêutico, não é contábil (FOUCAULT, 1973; Wittgenstein, 2013). Segundo Plínio Pacheco, não é possível conhecer, de modo definitivo, todos os casos de aplicação de uma palavra, e as palavras e conjuntos de palavras podem apresentar ao intérprete diversas possibilidades de interpretação. A textura aberta do direito, na ótica de Herbert Hart, ilumina o papel da norma jurídica. Pode-se dar um passo adiante no raciocínio, a interpretação jurídica da governança corporativa.

O autor JOO (2010) inicia o seu estudo sobre os modelos de governança corporativa, a partir da definição de corporação. Alguns usos diferentes da palavra capitalismo tornam a comunicação difícil (SCHUMPETER, 1955). Um estudo que contrasta a propriedade de companhias grandes e médias através de países (La Porta et alii, 1999), mostra quão diferentes são diferentes países. O grande setor corporativo do México é inteiramente controlado por poucas famílias extremamente ricas, enquanto todas as grandes companhias

Britânicas não possuem um acionista controlador. Contudo, uma corporação está imersa em uma estrutura legal, o que o autor Luigi Zingales se refere como firma. Palavras e transações econômicas abrem um mundo de ambiguidade e paradoxo (RICOEUR, 2005). Os recursos escassos da corporação do século 21 são a criatividade humana, tempo e atenção (BENKLER, 2006). A Roma de Julio César criou conceitos fundamentais de direito empresarial, particularmente a ideia que uma associação de pessoas (sociedades) poderia ter uma identidade coletiva que seria separada dos seus componentes humanos (MICKLETHWAIT, WOOLDRIDGE, 2005; SHAKESPEARE, 1992). A palavra *compagnie* emergiu em Florença, introduziu em 1340 a contabilidade de dupla entrada, e era interligada a um *banchi*. O banco Médici, fundado em 1397, financiou boa parte do capital do Renascimento (MICKLETHWAIT, WOOLDRIDGE, 2005). Revoluções tecnológicas e capital financeiro representam três esferas de mudanças: mudança econômica, mudança institucional e mudança tecnológica (1771-1907). A era do vapor, ferrovias, aço, eletricidade, engenharia pesada modificou a Inglaterra, os EUA, e a Alemanha (PEREZ, 2002). Contudo, o Brasil foi o último país a terminar com a escravidão, a propriedade privada era concentrada no setor cafeeiro, o Estado e o Direito definiam vantagens ou migalhas do poder (FAUSTO, 1994, p. 179; FRANCO; 1997, p. 115).

8. GOVERNANÇA CORPORATIVA E TRANSAÇÕES ECONÔMICAS

A autora Anna Grandori (2004) sistematizou os mecanismos de coordenação e controle verificados pela teoria organizacional no contexto da governança corporativa: mecanismos de preços, negociação, times, hierarquia, regras formais e normas sociais, alocação dos direitos de propriedade. Portanto, governança corporativa não é sinônima de hierarquia. No contexto do campo de pesquisa "governança corporativa e capitalismo de laços" destacam-se os mecanismos: regras formais e normas sociais, alocação dos direitos de propriedade.

Regras formais e normas sociais - relações sociais e estruturas (GRANOVETTER, 1973, 1985, 1995; NORTH, 1991); Regras internas e externas ao sistema a ser governado (GRANDORI, 2004, p. 13); o mundo pequeno da elite corporativa Americana, dos conselheiros de administração como Vernon Jordan, possui normas sociais baseadas em relações sociais (DAVIS, YOO, BAKER, 2003). Instituições são formadas para reduzir a incerteza na troca entre humanos, em conjunto com custos de transação e produção (NORTH, 1992).

Alocação dos direitos de propriedade (DEMSETZ, 1983; BENKLER, 2006); Propriedade dos ativos, direitos sobre o prêmio residual, direitos de controle residual (GRANDORI, 2004, p. 13). Direito e economia constituem uma linha de pesquisa promissora. Há um diálogo

entre economistas e juristas, por exemplo, entre a FEA e o Largo de São Francisco, lar da Faculdade de Direito, fundada no ano de 1827 (ZYLBERSZTAJN, SZTAJN, 2005). Em apenas uma turma do curso jurídico, pertenceram os nomes de Rodrigues Alves, Joaquim Nabuco, Rui Barbosa, Castro Alves e Afonso Pena (FRANCO, 1973, p. 15).

O sistema capitalista é certamente imperfeito, e crises financeiras são periódicas. As palavras "Enron e WorldCom", "Barings", "Long-Term Capital Management" e "Société General", "Washington Mutual", "Bear Stearns", "Lehman Brothers", "Merrill Lynch", "AIG", "Fannie Mae e Freddie Mac", "Goldman Sachs", "Sadia", "Aracruz", "Agreco", "Banco Panamericano", representam organizações envolvidas no ciclo de crises de governança corporativa (CLARKE, 2007). O significado da governança corporativa para a transparência, prestação de contas com a sociedade civil e desempenho está tornando-se um fenômeno global (CLARKE, 2007). O programa de mercados e hierarquias de Oliver Williamson destaca a "transação" como unidade de análise. Entretanto, Fligstein destaca as seguintes regras básicas para o funcionamento de uma economia de mercado: direito de propriedade, estruturas de governança, regras de troca e concepções de controle. Palavras e transações econômicas permitem a análise da agenda estratégica da firma (AAKER, 2008; HAX, 2001). A decisão de investimento em um produto-mercado define onde a firma vai competir (AAKER, 2008, p.5). O "binômio palavra-transação" é inspirado na matriz negócio x mercado do autor Igor Ansoff, adaptada para o marketing por Jean-Jacques Lambin, no formato do "binômio produto-mercado" (RICOEUR, 1986; COASE, 1988). Segmentação, mercado-alvo, e posicionamento definem a estratégia de marketing das firmas Coca-Cola, IBM e Microsoft (KOTLER, 2007, p. 305). De acordo com Lambin (2000), no âmbito estratégico, ou seja, num contexto de estratégia competitiva e no nível de uma unidade estratégica de negócios, o marketing assenta suas bases na escolha do binômio produto-mercado, a ser explorado prioritariamente, e na previsão da demanda global em cada binômio considerado. O "binômio palavra-transação" permite controlar o planejamento do sistema de medição de desempenho das firmas Coca-Cola, IBM e Microsoft.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Talvez o mais importante pressuposto subjacente à diferença entre as abordagens de Granovetter e Williamson resida na maneira como é encarado o tema do oportunismo. A contribuição da economia institucional na compreensão da governança corporativa é a unidade analítica palavra-transação. Especificamente, o tópico da economia dos custos de transação destaca a "transação" como unidade de análise. Palavras narrativas e

transações econômicas traduzem a retórica da governança corporativa para a esfera civil, e permitem a análise da agenda estratégica da firma (AAKER, 2008; ALEXANDER, 2006). Contudo, as estruturas de autoridade das corporações multinacionais, com mais de 100 mil funcionários, merecem uma análise longitudinal. O desafio de uma cultura transparente é superar a opacidade da firma (GORZ, 1998). Ambiente institucional, governança e indivíduos interagem por meio de uma linguagem, articulada por meio de palavras e transações econômicas. O contexto da economia da informação significa palavras narrativas e transações econômicas (RICOEUR, 1975, p. 139).

O capitalismo de Estado foi descrito por LAZZARINI (2010). A retórica foi descrita por FERRAZ JR (2015). Ao Estado não cabe liderar o desenvolvimento econômico. O desastre na Petrobrás (2015), com casos de corrupção na alta gerência da empresa, indivíduos presos pela operação Lava Jato, e a média de duração de projetos de construção de FPSOs (plataformas) no Brasil é 68% maior do que a média internacional, ilustra a retórica da governança corporativa. A mudança de uma economia de bens para serviços, ou, de outra forma, a mudança da manufatura para finanças, como principal atividade econômica dos EUA, é uma característica da sociedade pós-industrial (DAVIS, 2009; NORTH, 1990). Portanto, após compreender governança corporativa, faz-se necessário uma pesquisa empírica, em diversos setores do capitalismo de Estado sobre a separação entre propriedade e controle (CLARKE, 2007). A sociologia do direito, Bovespa, CVM, cidadania, as redes sociais, se revela uma avenida aberta para a pesquisa empírica (PREDA, 2009; LAZZARINI, 2010; MENDES-DA-SILVA, 2009; MIRANDA ROSA, 2004).

O estudo sobre governança corporativa foi baseado no autor Oliver Williamson, vencedor do prêmio Nobel de economia de 2009. A economia dos custos de transação é uma inspiração fundamental para a proposta da unidade de análise palavra-transação (COASE, 1937; RICOEUR, 2005). A linguagem da ciência das organizações pode ser descrita por meio de palavras narrativas (#hashtags) e transações econômicas. Porém, qual é a supremacia da constituição sobre o Facebook?

REFERÊNCIAS

- AAKER, D. STRATEGIC MARKET MANAGEMENT. 11. ED. NEW JERSEY: JOHN WILEY & SONS, 2008.
- ABRAMOVAY, RICARDO. ANTICAPITALISMO E INSERÇÃO SOCIAL DOS MERCADOS. TEMPO SOCIAL, REVISTA DE SOCIOLOGIA DA USP, v. 21, n. 1, 2009.
- ALEXANDER, J. THE CIVIL SPHERE. OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2006. ANSOFF, I. STRATEGIC MANAGEMENT. LONDON; NEW YORK: MACMILLAN, 1979.
- BARROSO, L. R. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. SARAIVA, 2016.
- BENKLER, Y. THE WEALTH OF NETWORKS HOW SOCIAL PRODUCTION TRANSFORMS MARKETS AND FREEDOM. NOVA IORQUE E LONDRES. YALE UNIVERSITY PRESS, 2006. DISPONÍVEL PELO CREATIVE COMMONS EM [HTTP://WWW.BENKLER.ORG](http://www.benkler.org)
- CASTELLS, M. SOCIEDADE EM REDE. SÃO PAULO: PAZ E TERRA, 2000.
- CLARKE, T. INTERNATIONAL CORPORATE GOVERNANCE: A COMPARATIVE APPROACH. LONDON, ROUTLEDGE, 2007.
- COASE, R.H. THE FIRM, THE MARKET AND THE LAW. THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS. 217 PP. CHICAGO. 1988.
- DAVIS, G. F. MANAGED BY THE MARKETS. OXFORD: OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2009.
- DIMAGGIO, P. THE TWENTY-FIRST-CENTURY FIRM. NEW JERSEY: PRINCETON UNIVERSITY PRESS, 2001.
- FERRAZ JR, T. S. DIREITO, RETÓRICA E COMUNICAÇÃO. SÃO PAULO, ATLAS, 2015.
- FLIGSTEIN, N. THE ARCHITECTURE OF THE MARKETS. N. J. PRINCETON UNIVERSITY PRESS, 2001.
- FLIGSTEIN, N. CHOO, J. "LAW AND CORPORATE GOVERNANCE". ANNUAL REVIEW LAW SOCIETY SCIENCE, JUN. 2005.
- GORZ, A. METAMORFOSES DO TRABALHO: CRÍTICA À RAZÃO ECONÔMICA. ANNABLUME. 1998.
- GRANOVETTER, MARK. "ECONOMIC ACTION AND SOCIAL STRUCTURE: THE PROBLEM OF EMBEDDEDNESS". AMERICAN JOURNAL OF SOCIOLOGY, 91:481-510. 1985.
- _____, MARK. "THE IMPACT OF SOCIAL STRUCTURE ON ECONOMIC OUTCOMES" JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES, v. 19, n. 1, WINTER-PAGES 33-50. 2005.

GRUN, R. CONVERGÊNCIA DAS ELITES E INOVAÇÕES FINANCEIRAS: A GOVERNANÇA CORPORATIVA NO BRASIL. REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS SOCIAIS, V. 20, N. 58, JUN. 2005.

HART, HLA. O CONCEITO DO DIREITO. LISBOA, CALOUSTE GULBENKIAN, 2001.

HAX, A. C.; WILDE II, L. THE DELTA PROJECT: DISCOVERING NEW SOURCES OF PROFITABILITY IN A NETWORKED ECONOMY. NEW YORK: PALGRAVE, 2001.

JACOBIDES, M. WINTER, S. "ENTREPRENEURSHIP AND FIRM BOUNDARIES: THE THEORY OF A FIRM". JOURNAL OF MANAGEMENT STUDIES, SPECIAL ISSUE ON ENTREPRENEURSHIP AND THE ENTREPRENEURSHIP OF THE FIRM (J.B. BARNEY & S. ALVAREZ, Eds.). V. 44, N. 7 (NOVEMBER): 1241-1241. 2007.

JENKINS, H. CONVERGENCE CULTURE. NEW YORK: NEW YORK UNIVERSITY PRESS, 2006.

JENSEN, M. A THEORY OF THE FIRM: GOVERNANCE, RESIDUAL CLAIMS, AND ORGANIZATIONAL FORMS. BOSTON: HBSP, 2000.

JENSEN, M. MECKLING, W. "THEORY OF THE FIRM: MANAGERIAL BEHAVIOR, AGENCY COSTS, AND CAPITAL STRUCTURE". JOURNAL OF FINANCIAL ECONOMICS, 1976.

JOO, T. THEORIES AND MODELS OF CORPORATE GOVERNANCE. UC DAVIS LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER SERIES, 2010. DISPONÍVEL EM [HTTP://SSRN.COM/ABSTRACT=1543397](http://ssrn.com/abstract=1543397).

LATHAN, R. SASSEN, S. DIGITAL FORMATIONS. NEW JERSEY: PRINCETON UNIVERSITY PRESS, 2005.

LAZZARINI, SERGIO G. CAPITALISMO DE LAÇOS. RIO DE JANEIRO: ELSEVIER, 2010.

_____. MUDAR TUDO PARA NÃO MUDAR NADA: ANÁLISE DA DINÂMICA DE REDES DE PROPRIETÁRIOS NO BRASIL COMO "MUNDOS PEQUENOS". RAE ELETRÔNICA, V. 6, N. 1, (2007)

LESSIG, L. CODE. NEW YORK: BASIC BOOKS, 2006. REMIX. LONDON: BLOOMSBURY, 2008.

MINTZBERG, H. LAMPEL, J. QUINN, J. GHOSHAL, S. O PROCESSO DA ESTRATÉGIA. PORTO ALEGRE: BOOKMAN, 2006.

MINTZBERG, H. THE RISE AND FALL OF STRATEGIC PLANNING: RECONCEIVING ROLES FOR PLANNING, PLANS, PLANNERS. NEW YORK; TORONTO: FREE PRESS/ MAXWELL MACMILLAN, 1994.

MARX, R. SOARES, J.P.R.F. A INFLUÊNCIA DA ORIENTAÇÃO À GERAÇÃO DE VALOR AO ACIONISTA NAS PRÁTICAS DE GESTÃO DE PESSOAS NO AMBIENTE DE PRODUÇÃO. GESTÃO E PRODUÇÃO, V. 15, N. 2, MAI./AGO. 2008.

NONAKA, I. "A DYNAMIC THEORY OF ORGANIZATIONAL KNOWLEDGE CREATION." ORGANIZATION SCIENCE, VOL. 5, No 1, FEBRUARY, 1994.

- MIRANDA ROSA, F. A. SOCIOLOGIA DO DIREITO. ZAHAR, 2014.
- NETTO, A. D. DIRETO DA FONTE. JORNAL O ESTADO DE SÃO PAULO, 16/05/2016, P. C2.
- NORTH, D. VIOLENCE AND SOCIAL ORDERS: A CONCEPTUAL FRAMEWORK FOR INTERPRETING RECORDED HUMAN HISTORY. CAMBRIDGE: CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2009.
- NORTH, DOUGLASS C. INSTITUTIONS, INSTITUTIONAL CHANGE AND ECONOMIC PERFORMANCE. CAMBRIDGE: CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 1990.
- NOOTEBOOM, B. INTER-FIRM COLLABORATION, LEARNING AND NETWORKS: AN INTEGRATED APPROACH, LONDON: ROUTLEDGE, 2004.
- PEREZ, C. TECHNOLOGICAL REVOLUTIONS AND FINANCIAL CAPITAL: THE DYNAMICS OF BUBBLES AND GOLDEN AGES. WILLISTON, MA: EDWARD ELGAR, 2002.
- PREDA, A. FRAMING FINANCE. CHICAGO: THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS, 2009.
- RICOEUR, P. A METÁFORA VIVA. SÃO PAULO: EDIÇÕES LOYLA, 1975.
- RUST, R. KANNAN, P. E-SERVICE. NEW YORK: M. E. SHARPE, 2002
- RUST, R. LEMON, K. ZEITHAML, V. "RETURN ON MARKETING: USING CUSTOMER EQUITY TO FOCUS MARKETING STRATEGY". JOURNAL OF MARKETING, VOL. 68, P. 109-127, 2004.
- STRECK, LÊNIO LUIZ. HERMENÊUTICA JURÍDICA E(M) CRISE. LIVRARIA DO ADVOGADO, 2014.
- TAKEUCHI, H. NONAKA, I. HITSUBASHI ON KNOWLEDGE MANAGEMENT. SINGAPORE: JOHN WILEY & SONS, 2004. 369P.
- URBAN, G. DIGITAL MARKETING STRATEGY. NEW JERSEY: PEARSON, 2004.
- URDAN, A. QUALIDADE DE SERVIÇOS: PROPOSIÇÃO DE UM MODELO INTEGRATIVO, TESE DE DOUTORADO, FEA- USP, 1993.
- WACQUANT, L. BODY & SOUL. OXFORD: OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2004.
- WILLIAMSON, O.E. THE ECONOMIC INSTITUTIONS OF CAPITALISM. THE FREE PRESS, 449 PP, NEW YORK, 1985.
- _____. CONTESTED EXCHANGE VERSUS THE GOVERNANCE OF CONTRACTUAL RELATIONS. THE JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES, VOL. 7, NO. 1. (WINTER, 1993), PP. 103-108.
- _____. THE MECHANISMS OF GOVERNANCE. OXFORD UNIVERSITY PRESS, 1996. 429 PP. WILLIAMSON, O. E. E MASTEN, S.E. THE ECONOMICS OF TRANSACTION COSTS. EDWARD ELGAR PUBLISHER, 1999. 560 PP.

ZADEK, S. THE LOGIC OF COLLABORATIVE GOVERNANCE: CORPORATE RESPONSIBILITY, ACCOUNTABILITY, AND THE SOCIAL CONTRACT. CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY INITIATIVE, WORKING PAPER NO. 17. CAMBRIDGE, MA: JOHN F. KENNEDY SCHOOL OF GOVERNMENT, HARVARD UNIVERSITY, 2006.

ZELIZER, V. THE PURCHASE OF INTIMACY. NJ: PRINCETON UNIVERSITY PRESS, 2005

ZYLBERSZTAJN, D. ESTRUTURAS DE GOVERNANÇA E COORDENAÇÃO DO AGRIBUSINESS: UMA APLICAÇÃO DA NOVA ECONOMIA DAS INSTITUIÇÕES. TESE DE LIVRE DOCÊNCIA, FEA-USP, 1995

SEÇÃO 4:

UM ANO DE REFORMA TRABALHISTA

A (IN)COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL NA FIXAÇÃO DE JORNADA 12 X 36 POR ACORDO INDIVIDUAL ESCRITO

Alexandre Amaro Pereira (Mestrado/ Faculdade Damas, Recife-PE) 107

Resumo: A alteração promovida pela Lei 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista), que entrou em vigor em 11.11.2017, trouxe dúvida a respeito da compatibilidade do artigo 59-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) com a Constituição Federal (CF), ao dispor sobre a possibilidade de o regime de jornada de 12 x 36 horas ser pactuado por acordo individual escrito (além de acordo coletivo e convenção coletiva). Há, inclusive, no Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.994-DF com o objetivo de reconhecimento da inconstitucionalidade da expressão “acordo individual escrito” contida no artigo 59-A da CLT. Antes da alteração da CLT, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Súmula n. 444, reconhecia a regularidade desse tipo de jornada, porém o ajuste teria que ser feito exclusivamente por meio de acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho. Assim, em razão do contido no inciso XIII do art. 7º da CF, que aparentemente só permite a fixação de uma jornada superior a oito horas diárias por meio de acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho, a expressão “acordo individual escrito” constante no artigo 59-A da CLT parece ser incompatível com a Constituição, não sendo possível a fixação desse tipo de jornada por meio de acordo individual escrito. A análise de questões relativas à segurança do trabalho, em razão das condições em que esses trabalhadores com jornada 12 x 36 desenvolvem suas atividades, também pode indicar uma incompatibilidade desse regime especial de compensação de jornada com o art. 196 da CF.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Jornada de trabalho 12 x 36. Compensação de jornada.

Abstract: The amendments promoted by Law 13,467/2017 (Labor Reform Law), which entered into force on November 11, 2017, brought uncertainty regarding the compatibility of article 59-A of the Consolidation of Labor Laws (known as CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas) with the Brazilian Federal Constitution, by providing for the possibility of a 12-

hour work day for 36 hours off to be carried out by individual written agreement (in addition to collective bargaining). There is in the Supreme Court a Direct Action of Unconstitutionality No. 5,994-DF with the goal of recognizing the unconstitutionality of the expression "individual written agreement" contained in article 59-A of the CLT. Before the amendment of the Labor Code, the Superior Labor Court, by precedent of jurisprudence No. 444, recognized the validity of this type of working time, but the adjustment would have to be done exclusively through collective agreement between employers and their organizations. Thus, due to the contained in the sub-item XIII of article 7th of the Federal Constitution, which apparently only allows the fixing of a work day exceeding eight hours daily through collective bargaining, the expression "individual written agreement" in the article 59-A of the CLT seems to be incompatible with the Constitution making it impossible for fixing this type of working time through individual written agreement. The analysis of issues related to workplace safety, due to the conditions in which these workers with 12-hour work day develop their activities, can also indicate an incompatibility of this working time with the article 196 of the Constitution.

Keywords: Control of constitutionality. 12-hour work day. Working time compensation.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República estabelece uma duração normal do trabalho não excedente a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultando a compensação de horários e a redução de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho (inciso XIII, art. 7º). A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) tem um capítulo específico sobre duração do trabalho com aplicação a todos os tipos de trabalhadores, afora os casos específicos previstos para determinados tipos de profissões.

Assim, para uma jornada ordinária, o limite diário de trabalho é de oito horas (art. 58 da CLT), podendo ser pactuado horas extras diárias por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho em número não excedente de duas, em conformidade com o caput do art. 59 da CLT, desde que remuneradas com um acréscimo de pelos menos 50% da hora normal trabalhada (§ 1º do art. 59 da CLT).

Por sua vez, a Lei 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista), em vigor desde 11.11.2017, no intuito de flexibilizar a legislação relativa à duração do trabalho introduziu na CLT o artigo 59-A, possibilitando a adoção do regime de jornada de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso (12 x 36) por acordo individual escrito (além de acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho).

Na maioria dos casos, a jornada de trabalho 12 x 36 era normalmente ajustada para as categorias dos vigilantes, porteiros e enfermeiros, embora não houvesse proibição para sua

extensão a qualquer outro tipo de categoria profissional, desde que em caráter excepcional (Súmula n. 444 do TST).

Com a Reforma Trabalhista surgiu importante questão sobre a constitucionalidade do art. 59-A, ante a possibilidade de ajuste desse tipo de jornada por meio de acordo individual escrito, situação não prevista no inciso XIII do art. 7º da CF, contrariando o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal do Trabalho (TST).

1. A FIXAÇÃO DO SISTEMA DE JORNADA 12 X 36 HORAS

Até a entrada em vigor da Lei da Reforma Trabalhista, a regularidade do sistema de jornada 12 x 36 já era reconhecida pela jurisprudência do TST, desde que a contratação ocorresse por meio de autorização prevista em acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho.

O sistema de jornada 12 x 36 era considerado uma espécie de compensação de jornada 108, pois o empregado excedia a jornada ordinária de trabalho de oito horas, passando a trabalhar 12 horas seguidas, porém, havia a compensação das quatro horas adicionais pela concessão de 36 horas contínuas de descanso, ou seja, laborava 12 horas seguidas, mas só voltava a trabalhar novamente depois de um dia e meio de repouso.

Assim, ainda que o inciso XIII do art. 7º da CF determinasse um limite para a jornada normal diária, bem como para a quantidade de horas semanais laboradas, não teria havido no texto constitucional a fixação de um limite máximo para o labor em jornada de compensação, ficando a critério da legislação infraconstitucional a definição da forma de compensação das horas excedentes diariamente laboradas acima da jornada normal de trabalho, o que também poderia ocorrer por negociação coletiva.

Era nesse contexto que, antes da Reforma Trabalhista, a jornada 12 x 36 era aceita pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, conforme o seguinte texto da Súmula 444:

“JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 – republicada em decorrência do despacho proferido no processo TST-PA-504.280/2012.2 – DEJT divulgado em 26.11.2012.

É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas. ”

108 A compensação de jornada era prevista no § 2º do artigo 59 da CLT, nos seguintes termos: “Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias” (cf. redação anterior à Lei da Reforma Trabalhista).

Conforme a jurisprudência predominante no TST, o sistema de compensação de jornada 12 x 36 era válido somente se decorresse de previsão legal ou negociação coletiva, situação em que se permitia o ajuste entre empregado e empregador, não ficando caracterizado o labor em jornada extraordinária para aquelas laboradas além da décima diária¹⁰⁹.

Assim, ainda que a jornada extrapolasse o limite diário de oito horas definido pela Constituição Federal, era entendimento pacífico na jurisprudência que o trabalhador poderia trabalhar em uma jornada de 12 horas em um dia, desde que pudesse compensar as horas excedentes, ou seja, descansando 36 horas seguidas.

A inserção do artigo 59-A na CLT 110 pela Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) possibilitou, a partir de 11.11.2017, a contratação do regime de jornada 12 x 36 horas por acordo individual escrito, que anteriormente somente ocorreria por meio de acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho.

Na mesma matéria relativa à compensação de jornada, houve também a inclusão pela Reforma Trabalhista do § 5º ao art. 59 da CLT, possibilitando a contratação de banco de horas (§ 2º do art. 59 da CLT) por meio de acordo individual escrito, com a compensação das horas laboradas em até seis meses, bem como o § 6º ao mesmo artigo, permitindo o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito para a compensação no mesmo mês.

No entanto, a partir de 14.11.2017, com a publicação da Medida Provisória 808/2017, o empregador ficou impossibilitado de pactuar a jornada 12 x 36 mediante contrato escrito com seu empregado. A medida provisória estabeleceu a contratação desse tipo de jornada apenas por convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, excetuando o setor de saúde, ao qual permitiu o estabelecimento da jornada 12 x 36 por meio de acordo individual escrito¹¹¹.

109 Cf. os seguintes precedentes do TST: ED-RR-101100-77.2005.5.02.0022, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 16/4/2010; ERR 120400-28.2001.5.04.0016, Min. Delaíde Miranda Arantes, DEJT 25.11.2011; ERR 41800-91.2005.5.15.0033, Min. João Batista Brito Pereira, DEJT 17.12.2010; ERR 41700-39.2005.5.15.0033, Min. Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 29.04.2011.

110 Art. 59-A da CLT: “Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, 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. Parágrafo único. 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”.

111 Redação do art. 59-A dada pela MP 808/17: “Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 e em leis específicas, é facultado às partes, por meio de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, 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. § 1º A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput 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. § 2º É facultado às entidades atuantes no setor de saúde estabelecer, por meio de acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação. (NR)”.

Essa medida provisória vigorou até 23.4.2018, ante a inércia do Poder Legislativo em aprová-la no prazo previsto no art. 62 da Constituição Federal. Assim, o texto original da reforma trabalhista voltou a vigorar a partir de 24.4.2018.

2. A POSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O controle de constitucionalidade decorre do princípio da supremacia da norma constitucional, no sentido de que toda legislação infraconstitucional deve guardar compatibilidade com a Constituição, seja no sentido de uma atuação positiva, seja pela vedação de omissão na aplicação da norma constitucional (SILVA, 1993, p. 48).

Dessa forma, o controle de constitucionalidade é utilizado pelos tribunais e juízes quando há necessidade de conformar a legislação hierarquicamente inferior ao sistema constitucional, situação em que um preceito de lei contrário à Constituição perde a sua validade, passando a ser *inconstitucional*. Portanto, por meio do controle de constitucionalidade é feita a compatibilização da legislação infraconstitucional com a Lei Suprema do Estado.

Uma leitura literal e apressada do texto da Constituição, que não deve ser feita, permite inferir que a compatibilidade do art. 59-A da CLT com o inciso XIII do art. 7º da CF somente é possível se houver a negociação coletiva prévia para efeito de autorização do regime especial de compensação de jornada de trabalho. Assim, aparentemente, o sistema de jornada 12 x 36, por se tratar de uma espécie de compensação de jornada, precisaria ser fixado por acordo coletivo ou convenção coletiva.

2.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.994-DF

Há no Supremo Tribunal Federal (STF) Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5.994-DF proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), objetivando a declaração de inconstitucionalidade da expressão “acordo individual escrito”, contida no artigo 59-A da CLT, e do seu respectivo parágrafo único, em face da redação dada pela Lei 13.467/2017. A ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada em 23.8.2018, sendo seu relator o Ministro Marco Aurélio, tendo sido indeferido o pedido de liminar, encontrando-se o mérito definitivo pendente de julgamento.

A petição inicial da ADI ressalta que TST pacificou o tema por meio da Súmula 444, definindo que a jornada diferenciada somente seria válida quando prevista em lei ou firmada exclusivamente por acordo coletivo, ante os termos do artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal, que reconhece as pactuações celebradas por meio de convenções e acordos coletivos de trabalho, e também pela previsão do inciso XIII do mesmo dispositivo.

A ação também teve como fundamentos o direito à saúde previsto no artigo 6º da CF, o princípio do não retrocesso e a garantia constitucional de condições e remuneração dignas de trabalho, ambos com previsão no art. 7º da CF, apontando os efeitos danosos decorrentes

da adoção da jornada de trabalho 12 x 36 por acordo individual escrito, sem a intervenção das entidades sindicais.

No atual momento, a ADI encontra-se com vista à Procuradoria-Geral da República, desde 11.10.2018, sem data prevista para o julgamento por parte do Pleno do STF.

2.2 A possível violação à proteção da saúde do trabalhador

O direito fundamental à saúde do indivíduo encontra previsão no art. 196 da CF, sendo um dever do Estado, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Além disso, o inciso XXII do art. 7º da CF estabelece o direito do trabalhador à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

De forma geral, a jornada de trabalho 12 x 36 não parece ocasionar grave dano à saúde do trabalhador, pois, embora haja o labor em uma jornada de 12 horas, é-lhe concedido um período de repouso de trinta e seis horas. Também não há uma extrapolação preocupante da duração semanal do horário de trabalho, porquanto nesse sistema de jornada são cumpridas 36 horas de trabalho em uma semana e 48 horas na semana seguinte, perfazendo um total de 180 horas trabalhadas por mês. Sob esse contexto, esse sistema de jornada parece ser favorável ao trabalhador.

No entanto, a prática diária não vem demonstrando o aparente benefício. Esse tipo de trabalhador costuma acumular dois empregos com jornada de 12 x 36 horas, como acontece com porteiros, seguranças e profissionais que desenvolvem atividades em hospitais. Isso resulta no labor em jornada de 12 horas em todos os dias da semana, sem descanso em finais de semana e feriados, em face do acúmulo de dois empregos no mesmo sistema de jornada. Na verdade, trata-se de categorias profissionais que têm baixa remuneração e necessitam, em razão disso, de uma dupla jornada para complementar a renda familiar. Para essas categorias, uma duração reduzida do horário de trabalho resulta em menores rendimentos, implicando na necessidade de laborar em jornadas maiores.

Pesquisas na área de medicina do trabalho demonstram que trabalhar mais de 48 ou 50 horas por semana, de forma contínua, prejudica a saúde do trabalhador (OIT, 2015, p. 14). Além disso, jornadas excessivas impedem a conciliação do trabalho com a vida familiar e social, sendo também um importante vetor para aumento de acidentes de trabalho, em razão da fadiga decorrente da jornada extenuante.

Outro fator negativo é que a legislação permite a indenização do intervalo para repouso e alimentação, resultando em uma jornada contínua trabalhada de 12 horas sem qualquer tipo de intervalo. Também não há folgas em razão do descanso semanal remunerado ou labor em

feriados, que não são compensados, situação que também se aplica às prorrogações de trabalho noturno (parágrafo único do art. 59-A da CLT).

Delgado (2017, p. 975) deixa claro que o excesso de horas laboradas aumenta consideravelmente os riscos ocupacionais, ressaltando que:

"É importante enfatizar que o maior ou menor espaçamento da jornada (e duração semanal e mensal do labor) atua, diretamente, na deterioração ou melhoria das condições internas de trabalho na empresa, comprometendo ou aperfeiçoando uma estratégia de redução dos riscos e malefícios inerentes ao ambiente de prestação de serviços. Noutras palavras, a *modulação da duração do trabalho é parte integrante de qualquer política de saúde pública, uma vez que influência, exponencialmente, a eficácia das medidas de medicina e segurança do trabalho adotadas na empresa*. Do mesmo modo que a ampliação da jornada (inclusive com a prestação de horas extras) acentua, drasticamente, as probabilidades de ocorrência de doenças profissionais ou acidentes do trabalho, sua redução diminui, de maneira significativa, tais probabilidades da denominada "infelizmente do trabalho".

Portanto, aqueles que trabalham na jornada 12 x 36, independente da atividade que realizem, ficam sujeitos constantemente a uma situação de trabalho insalubre, em razão do excesso diário de horas trabalhadas continuamente, ocasionando fadiga por sobrecarga de jornada.

É de se ressaltar, no entanto, que o trabalho realizado em excessiva jornada de trabalho causa riscos não só à segurança do próprio trabalhador, mas também para toda a sociedade, não apenas com os custos com infelizmente no trabalho quando ocorrem acidentes, mas também pelos riscos provocados pela prestação dos serviços a terceiros, como no caso das categorias dos enfermeiros e vigilantes.

2.3 A (in)compatibilidade com a Constituição Federal

A possibilidade de contratação da jornada de trabalho 12 x 36 por mero acordo individual escrito provoca nas relações de trabalho uma aceitação cogente desse sistema de jornada pelo trabalhador, pois o ajuste estabelecido no momento da contratação não confere a prerrogativa de sua recusa, ante a subordinação existente na relação jurídica que se inicia, já que uma negativa impossibilitaria a admissão à vaga de emprego.

Por outro lado, não há como negar que a fixação da jornada 12 x 36 por negociação coletiva torna esse tipo de contratação mais seletivo, porquanto somente determinadas categorias poderiam autorizá-la mediante prévia negociação coletiva.

Leite (2018, p. 498) entende que o art. 59-A da CLT é inconstitucional, em razão de violação do princípio da vedação do retrocesso social, além de ser prejudicial ao trabalhador por não se encontrar em condições de negociar cláusulas do contrato de trabalho no momento de sua contratação.

Delgado e Delgado (2017, p. 76) também apontam a inconstitucionalidade do novel artigo da CLT, em razão da obrigatoriedade de observância da diretriz fixada pelo inciso XIII do art. 7º

da CF, que somente permite a estipulação da jornada 12 x 36 pelos instrumentos formais de negociação coletiva trabalhista.

Considerando uma interpretação exclusivamente literal do inciso XIII do art. 7º da CF, a fixação de uma jornada superior a oito horas diárias somente seria possível por meio de acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho, o que resultaria na incompatibilidade com a Constituição da expressão “acordo individual escrito” constante no artigo 59-A da CLT, introduzida pela Reforma Trabalhista, afastando a possibilidade de fixação de jornada 12 x 36 por meio de acordo individual escrito.

No entanto, o fato de não constar a possibilidade de contratação desse tipo de jornada por acordo inscrito no texto constitucional não permite concluir pela inconstitucionalidade da legislação infraconstitucional, porquanto não há proibição no inciso XIII do art. 7º da CF para a compensação de jornada de trabalho por acordo individual escrito entre empregado e empregador, embora conste expressamente a autorização de compensação de jornada por acordo ou convenção coletiva.

Ademais, a redação original do § 2º do art. 59 da CLT já permitia a compensação de jornada de trabalho por meio de “acordo” ou “contrato coletivo”, subtendendo-se, desde aquela época, que se tratava de acordo individual ou negociação coletiva de trabalho. Posteriormente a expressão “contrato coletivo” na Consolidação foi substituída por “convenção coletiva de trabalho”, conforme alteração introduzida pela Lei nº 9.601/98 e mantida pela Medida Provisória nº 2.164-41/01. Coincidentemente, esses termos também são encontrados na redação do inciso XIII do art. 7º da CF (“mediante *acordo* ou convenção coletiva de trabalho”). Segundo Godinho (2017, p. 1001-1002), surgiram três correntes sobre a validade do acordo individual para contratação de compensação de jornada: a primeira acolhia a validade da compensação de jornada de trabalho por simples acordo tácito, porém, tal posicionamento foi minoritário na cultura jurídica juslaboral, não prevalecendo na jurisprudência trabalhista brasileira; a segunda corrente defendia a flexibilização do regime de compensação de jornada somente por meio de negociação coletiva, em razão da opção feita pela Constituição em prestigiar a negociação coletiva realizada pelas entidades sindicais; a terceira vertente aceitava a flexibilização sob a tutela da negociação coletiva, mas também entedia ser possível o regime de compensação por acordo bilateral escrito.

Seguindo essa última tendência, o TST alterou a Súmula 85, por meio da Resolução 121/2003, publicada no Diário da Justiça de 19, 20 e 21.11.2003, para a seguinte redação:

“Compensação de horário

A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. O não-atendimento das exigências legais não

implica a repetição do pagamento das horas excedentes, sendo devido apenas o respectivo adicional. ”

Nesse sentido, a jurisprudência dominante trabalhista somente não aceitava a compensação da jornada de trabalho mediante a celebração de acordo individual tácito, não vislumbrando afronta ao inciso XIII do art. 7º da CF quando sucedesse na forma escrita.

Recentemente, o STF julgou improcedente a ADI 4.842/DF 112 , decidindo pela constitucionalidade de dispositivo da Lei nº 11.901/2009 instituidor do sistema de jornada 12 x 36 para o bombeiro civil, entendendo que a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis horas de descanso não afronta o art. 7º, XIII, da CF, por se encontrar respaldada na faculdade de compensação de horários conferida pela norma constitucional. Sopesando o mesmo embasamento, não se vislumbra inconstitucionalidade do art. 59-A da CLT por permitir a fixação de jornada 12 x 36 por meio de acordo individual escrito.

Quanto às questões relativas à segurança do trabalho, uma análise estritamente vinculada à contratação da jornada 12 x 36 pelo trabalhador não permite inferir que esse regime contrarie princípios constitucionais que protejam a sua saúde. Sob o aspecto de um único contrato de trabalho, o sistema de compensação de jornada 12 x 36 é relativamente vantajoso, porquanto permite um maior tempo de descanso nos períodos interjornadas. Até mesmo a possibilidade de labor em finais de semana não prejudicaria o convívio familiar e a interação social, considerando a possibilidade de descanso em determinados finais de semana do mês e os demais repousos em dias alternados da semana. Nesse mesmo sentido, no julgamento da ADI 4.842/DF, o STF firmou o entendimento de que a jornada especial de trabalho 12 x 36 não viola a proteção à saúde do trabalhador (art. 196 da CF) ou o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, XXII, da CF).

No entanto, conforme já ressaltado, os profissionais que se submetem a esse tipo de jornada normalmente acumulam mais de um contrato de trabalho, resultando em excessiva carga diária de trabalho, além de labor ininterrupto em todos os dias da semana. Sob esse aspecto, a adoção do sistema de jornada 12 x 36 resulta em flagrante prejuízo ao direito à saúde do trabalhador, tornado a sua atividade insalubre (em razão da sobrecarga de jornada), potencializando a ocorrência de acidentes de trabalho, principalmente em razão da fadiga. Tal situação também seria extremamente prejudicial às pessoas que dependem desses

112 Em decisão de controle concentrado de constitucionalidade o STF decidiu: “A jornada de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso não afronta o art. 7º, XIII, da Constituição da República, pois encontra-se respaldada na faculdade, conferida pela norma constitucional, de compensação de horários. A proteção à saúde do trabalhador (art. 196 da CRFB) e à redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, XXII, da CRFB) não é *ipso facto* desrespeitada pela jornada de trabalho dos bombeiros civis, tendo em vista que, para cada 12 horas trabalhadas, há 36 horas de descanso e também prevalece o limite de 36 horas de jornada semanal” (ADI 4.842, rel. min. Edson Fachin, julg. 14.9.2016, publ. DJE de 8.8.2017).

profissionais, especialmente nas atividades desenvolvidas em hospitais e na segurança pessoal e patrimonial.

Assim, a análise das condições de trabalho para os trabalhadores que adotam esse sistema de jornada permite inferir que o art. 59-A poderia violar o art. 196 da CF apenas quando o trabalhador exercesse suas atividades em dois contratos diferentes de trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo o que foi colocado, pode-se resumir que não existe incompatibilidade aparente na redação do art. 59-A da CLT e de seu parágrafo único com a Constituição da República, relativamente ao inciso XIII do art. 7º ou ao art. 196.

Na verdade, as alterações introduzidas pela Lei da Reforma Trabalhista para a questão em análise encontram-se dentro do âmbito de atuação do Poder Legislativo, ou seja, de criar a legislação que entende adequada para aplicação aos litígios que surgem nas diversas esferas da sociedade. Tal prerrogativa encontra legitimidade na representação conferida aos membros do Parlamento pelo povo brasileiro. Assim, a alteração do *status quo ante* não é suficiente para reconhecer a inconstitucionalidade de um preceito de lei, porquanto faz parte do sistema democrático promover mudanças em determinados segmentos da sociedade.

Não obstante, a análise da situação individual dos trabalhadores afetados por esse sistema de jornada, que serão obrigados a contratar a jornada 12 x 36 no momento de sua admissão ao emprego e que também necessitarão trabalhar para dois empregadores distintos, em razão da necessidade de complementação da renda mensal, leva à conclusão de que na maioria dos casos o regime de jornada 12 x 36 é altamente prejudicial, afetando não apenas à saúde do trabalhador, em razão das doenças ocupacionais que poderá adquirir pelo trabalho extenuante, mas também pela fomentação dos riscos de acidentes no ambiente de trabalho, não apenas em relação ao trabalhador, mas também para as outras pessoas envolvidas na prestação dos serviços, tornando o ajuste desse tipo de jornada compensatória incompatível com o art. 196 da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BRASIL, LEI Nº 5.452/1943. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, DE 1º DE MAIO DE 1943. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/DECRETO-LEI/DEL5452.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DECRETO-LEI/DEL5452.HTM). ACESSO EM: 02 NOV. 2018.

_____. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988). BRASÍLIA: SENADO FEDERAL, 2016.

_____. LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017. REFORMA TRABALHISTA. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2015-2018/2017/LEI/L13467.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ATO2015-2018/2017/LEI/L13467.HTM). ACESSO EM: 02 NOV. 2018.

_____. MEDIDA PROVISÓRIA 808, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2017. ALTERA A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO - CLT, APROVADA PELO DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO 11 NOV. 2017 (EDIÇÃO EXTRA). DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2015-2018/2017/MPV/MPV808.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/MPV/MPV808.HTM). ACESSO EM: 02 NOV. 2018.

DELGADO, MAURICIO GODINHO. CURSO DE DIREITO DO TRABALHO. 16. ED. REV. E AMPL. SÃO PAULO: LTr, 2017.

DELGADO, MAURICIO GODINHO; DELGADO, GABRIELA NEVES. A REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL: COM OS COMENTÁRIOS À LEI N. 13.467/2017. SÃO PAULO: LTr, 2017.

LEITE, CARLOS HENRIQUE BEZERRA. CURSO DE DIREITO DO TRABALHO. 9. ED. SÃO PAULO: SARAIVA EDUCAÇÃO, 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). PROTEÇÃO DOS TRABALHADORES NUM MUNDO DO TRABALHO EM TRANSFORMAÇÃO (RELATÓRIO VI). CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 104.ª SESSÃO. GENEBRA: BUREAU INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2015.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). SÚMULAS DO TST. DISPONÍVEL EM:
[HTTP://WWW.TST.JUS.BR/WEB/GUEST/SUMULAS](http://www.tst.jus.br/web/guest/sumulas). ACESSO EM: 02 NOV. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.
4.842-DF. RELATOR: MIN. EDSON FACHIN, DJE 8 AGO. 2017, JULG. 14 ABR. 2016.
DISPONÍVEL EM:
[HTTP://REDIR.STF.JUS.BR/PAGINADORPUB/PAGINADOR.JSP?DOCTP=TP&DOCID=13308011](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13308011)
. ACESSO EM: 07 NOV. 2018.

_____. PETIÇÃO INICIAL DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 5.994-DF.
CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE VS. PRESIDENTE DA
REPÚBLICA, AJUIZ. 23 AGO. 2018. DISPONÍVEL EM:
[HTTP://REDIR.STF.JUS.BR/PAGINADORPUB/PAGINADOR.JSP?DOCTP=TP&DOCID=74803124
0&PRCID=5530775#](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748031240&prcid=5530775#). ACESSO EM: 07 NOV. 2018.

SILVA, JOSÉ AFONSO DA. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO. 9. ED. REV. E AMPL.
SÃO PAULO: MALHEIROS EDITORES, 1993.

CONSTITUCIONALISMO E REFORMA TRABALHISTA: ASPECTOS DA REDUÇÃO DO INTERVALO INTRAJORNADA POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Oberdan Floriano de Lima (Mestrando em direito/ Faculdade Damas) 113

Severino Ramos da Silva (Mestrando em direito/ Faculdade Damas) 114

Ozias Costa dos Santos (Mestrando em direito/ Faculdade Damas) 115

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade analisar os aspectos da aplicação da redução do intervalo intrajornada por meio de negociação coletiva com o advento da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, em face dos direitos fundamentais. O discurso entre garantias fundamentais, segurança e medicina do trabalho e capitalismo, após a revolução industrial vem à tona com a fragmentação de direitos já consagrados do trabalhador, através da reforma trabalhista. As consequências dessa flexibilização podem ser imediatas no caso de acidente do trabalho ou ao longo do tempo com o aparecimento de doenças ocupacionais. Com o advento da revolução industrial, houve uma busca pela compreensão dos direitos sociais, do exercício efetivo das garantias do trabalho digno e a efetividade do princípio da proteção, dentro de uma perspectiva de igualdade de oportunidades de emprego para todos, no contexto de uma democracia em um Estado de Direito. A problemática desse trabalho, consiste na existência da aplicação do negociado sobre o legislado, no caso da redução do intervalo intrajornada, e suas consequências na saúde do trabalhador de forma imediata ou ao longo do tempo. A evolução da constitucionalização de direitos e preceitos fundamentais para a proteção do trabalhador, torna-se ponto de controvérsia diante da flexibilização de direitos que deveriam ser fundamentais. A fonte de discussão é a justificativa da aplicação da lei, através de negociação coletiva, ultrapassando os limites do princípio da proteção. A realidade capitalista, após o advento da revolução industrial é uma crescente na atual conjuntura política e econômica do país. Por isso, considerar a preocupação com a manutenção de preceitos fundamentais, através da proteção do trabalhador e de sua integridade física, assegurando-lhe um trabalho seguro e o direito da manutenção de uma vida pós-laboral, surge também, como questionamento dentro do presente trabalho. A

¹¹³ Especialista em Direito Processual, Graduado em Direito, Faculdade escritor Osman da Costa Lins FACOL, oberdan.lima@hotmail.com.

¹¹⁴ Especialista em Direito Público, Graduado em Direito, Faculdade escritor Osman da Costa Lins FACOL, gena.2011@hotmail.com.

¹¹⁵ Especialista em Direito Civil e Processo Civil, Graduado em Direito, Faculdade escritor Osman da Costa Lins FACOL, oziascosta.adv@gmail.com.

metodologia a ser utilizada será um estudo bibliográfico/exploratório, utilizando-se, de alguns meios, tais como consulta à legislação vigente, à jurisprudência e doutrina, tanto por meio de artigos, quanto de livros ou de outros trabalhos acadêmicos sobre o tema. O método bibliográfico dará suporte ao trabalho no que tange ao auxílio de livros doutrinários, artigos, letras de leis e Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego. Mostram-se, como referenciais teóricos deste trabalho, os doutrinadores, Ingo Wolfgang Sarlet e Maurício Godinho Delgado e José Joaquim Gomes Canotilho, além de outros estudiosos, que contribuíram com a sustentação do tema abordado. Portanto a questão da aplicação do negociado sobre o legislado, no caso especial do artigo 611-A, inciso III, da CLT, fere o princípio da proteção e da dignidade da pessoa humana, mostrando um retrocesso legislativo, ou seja, que no atual momento o nosso ordenamento jurídico não está acompanhando as mudanças sociais.

Palavras-chave: Reforma trabalhista. Intervalo intrajornada. Direitos fundamentais.

Abstract: The purpose of this study is to analyze the aspects of the application of the intrajornada interval reduction through collective bargaining with the advent of Law 13.467, of July 13, 2017, in the face of fundamental rights. The discourse between fundamental guarantees, safety and occupational medicine and capitalism after the industrial revolution comes to light with the fragmentation of rights already consecrated by the worker through labor reform. The consequences of such flexibilization may be immediate in the event of an occupational accident or over time with the onset of occupational diseases. With the advent of the industrial revolution, there was a search for the understanding of social rights, the effective exercise of the guarantees of decent work and the effectiveness of the principle of protection, within a perspective of equal employment opportunities for all, in the context of a democracy in a Rule of Law. The problematic of this work consists in the existence of the application of the negotiated over the legislated, in the case of reduction of the interval intrajornada, and its consequences on the worker's health immediately or over time. The evolution of the constitutionalisation of fundamental rights and precepts for the protection of workers becomes a point of controversy regarding the flexibilization of rights that should be fundamental. The source of discussion is the justification of law enforcement, through collective bargaining, going beyond the limits of the protection principle. The capitalist reality, after the advent of the industrial revolution is a growing in the current political and economic situation of the country. Therefore, considering the concern with maintaining fundamental precepts, through the protection of the worker and his physical integrity, assuring him a safe job and the right to maintain a post-work life, also arises, as a question within the present job. The methodology to be used will be a bibliographic / exploratory study, using some means, such as consultation

with current legislation, jurisprudence and doctrine, both through articles, books and other academic work on the subject. The bibliographic method will support the work with regard to the aid of doctrinal books, articles, letters of laws and Regulatory Norms of the Ministry of Labor and Employment. The theoretical references of this work are shown by Ingo Wolfgang Sarlet, Maurício Godinho Delgado and José Joaquim Gomes Canotilho, as well as by other scholars, who contributed to the support of the topic. Therefore, the issue of the application of the negotiated legislation, in the special case of CLT Article 611-A, III, violates the principle of protection and dignity of the human being, showing a legislative retrogression, that is, that at the present time our legal system is not following social changes.

Keywords: Labor reform. Intra-bound interval. Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

A sociedade atual é marcada por mudanças, incertezas e descontinuidades dentro da perspectiva de reestruturação do capitalismo. A flexibilização de direitos dentro do processo de globalização, na esfera do direito do trabalho, tem trazido muitas discussões sobre o discurso entre garantias fundamentais, segurança e medicina do trabalho e capitalismo, após a revolução industrial.

O presente trabalho, tem como objetivo analisar os aspectos da aplicação da redução do intervalo intrajornada por meio de negociação coletiva com o advento da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, em face dos direitos fundamentais, ou seja, as consequências dessa flexibilização no caso de acidente do trabalho e doenças ocupacionais.

A fonte de discussão é a justificativa da aplicação da lei, através de negociação coletiva, ultrapassando os limites do princípio da proteção e do retrocesso social. A flexibilização de direitos torna-se ponto controvertido na busca da proteção do trabalhador, ferindo princípios basilares do nosso ordenamento jurídico.

A problemática desse trabalho, consiste na existência da aplicação do negociado sobre o legislado, no caso da redução do intervalo intrajornada, e suas consequências na saúde do trabalhador de forma imediata ou ao longo do tempo.

A metodologia a ser utilizada será um estudo bibliográfico/exploratório, utilizando-se, de alguns meios, tais como consulta à legislação vigente, à jurisprudência e doutrina, tanto por meio de artigos, quanto de livros ou de outros trabalhos acadêmicos sobre o tema.

O fundamento econômico para justificar a limitação da duração do trabalho é um tema amplamente debatido na doutrina, mas a evolução constitucional de direitos e preceitos fundamentais para a proteção do trabalhador, torna-se ponto injustificável diante de tal flexibilização.

Portanto, o intervalo intrajornada concentra um viés da higiene ocupacional, que visa a antecipação, reconhecimento, avaliação e o controle dos riscos ambientais nas organizações, tornando a questão da aplicação do negociado sobre o legislado, no caso especial do artigo 611-A, inciso III, da CLT, um retrocesso social ferindo o princípio da proteção e da dignidade da pessoa humana.

1. A REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E A SAÚDE DO TRABALHADOR NO DIREITO DO TRABALHO

Durante a revolução as indústrias vão transformando as cidades em metrópoles e a base das grandes fortunas é o trabalho de milhares de operários que vivem um cotidiano de privações, sem contar com as migrações internas e externas que determinam o excesso de mão de obra, diminui os salários e agrava ainda mais a situação do trabalhador na época.

Essa situação sofrida pelos operários é descrita por Daphnis Ferreira Souto (2003, p.112), quando diz: “O trabalho é realizado em galpões sem ventilação, exposto ao calor das fornalhas. As janelas ao alto dão às fábricas o aspecto de prisões. E condições precárias de segurança aumentam os acidentes”. Havia uma diferença na relação entre os operários de empresas consideradas pequenas em relação às de grande porte, como ainda explica o autor, da seguinte forma: “Enquanto nas indústrias menores e familiares as relações entre patrões e empregados eram diretas, nas grandes existiam intermediários: os contramestres. Eles se encarregavam da vigilância e das punições”. (SOUTO, 2003, p.112).

Com esse conjunto de mudanças houve um significativo impacto, referente ao processo de produção nos níveis econômico e social da Inglaterra e logo após em todo mundo.

A priorização da produção em relação à segurança e saúde do trabalhador é fato que, ainda, vem sendo uma triste realidade ao longo da história da sociedade. Capitalismo e saúde do trabalhador correm em direções contrárias.

O surgimento de doenças aparentemente modernas, como por exemplo, o stress, LER e DORT, vêm sendo diagnosticadas há séculos, mas intensificam-se a partir dos novos processos industriais e da modernização das máquinas.

A revolução industrial foi um marco nas relações de trabalho e instalou-se através combinações de energia e matérias-primas abundantes e baratas. “O resultado foi uma explosão na produtividade humana que começa na agricultura e depois na indústria”. (HARARI, 2018, p.362). Essas transformações proporcionaram uma desordem em várias vertentes (economia, ecológica e social), pois a preocupação com energia e matérias-primas tornaram-se constante por serem finitas.

“A Revolução Industrial abriu caminho para uma longa linha de experimentos em engenharia social e uma série ainda mais longa de transformações imprevistas na vida

cotidiana e na mentalidade humana. Um exemplo entre muitos é a substituição dos ritmos da agricultura tradicional pelo cronograma preciso e uniforme da indústria. (HARARI, 2018, p. 363). "

Com o surgimento das novas tecnologias as transformações sociais crescem rapidamente e refletem sobre os aspectos humanos e ambientais. Ocorreu uma intensa transformação nas relações de trabalho. A revolução industrial proporcionou novas características ao mercado, mas os métodos e as relações de trabalho não acompanharam tal mudança positivamente.

A situação do trabalhador era agravada pela total ausência de normas protetivas o que constituía a exploração de mão de obra pelos empregadores. Os trabalhadores eram submetidos a jornadas de trabalho extensas, com baixos salários e sem sistemas de prevenção de acidentes e doenças ocupacionais.

Com a industrialização as condições de trabalho não evoluíam e o lado hipossuficiente dessa relação se tornava mais evidente.

"Diante dessa realidade, o Estado viu-se na contingência de impor às empresas obrigações tendentes a assegurar aos trabalhadores condições mínimas de proteção à sua integridade física e a sua saúde. Surgem assim as primeiras normas concernentes à segurança e a saúde no trabalho, que passam a integrar o rol de normas protetivas componentes do ramo do Direito que ora estudamos, criando para os empregadores obrigações e para o Estado o poder-dever de fiscalização e punição das empresas que as descumpram. (ALEXANDRINO, 2006, p. 292). "

As repercussões econômicas e sociais não tardaram a aparecer. Com esse cenário, surgem com muita força os problemas sociais originados pelos acidentes de trabalho, pelas péssimas condições de trabalho, assim como o trabalho das mulheres e crianças reavivando toda a questão das condições de vida e saúde dos trabalhadores, por isso, diante dessa realidade o Estado foi impulsionado a evidenciar sistemas e políticas de prevenção através instrumentos normativos.

1.1 INTERPRETAÇÕES CONCORRENTES SOBRE SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO E CONSTITUCIONALISMO.

As doenças do trabalho aumentam em proporção a evolução e a potencialização dos meios de produção, com as deploráveis condições de trabalho e da vida das cidades, com o decorrer dos tempos. A partir desse momento surge a elaboração de normas de segurança e medicina do trabalho.

Sergio Pinto Martins conceitua, modernamente, a Segurança e Medicina do Trabalho como:

"A segurança e medicina do trabalho é o seguimento do Direito do trabalho incumbido de oferecer condições de proteção à saúde do trabalhador no local de trabalho, e da sua recuperação quando não se encontrar em condições de prestar serviços ao empregador. (2005, p.246). "

Esse conceito baseia-se na criação de novos métodos de intervenção das causas de doenças e dos acidentes, recorrendo-se à participação interprofissional e diante dessas interpretações evolutivas, tem-se o estudo da Legislação de Segurança e Medicina no Trabalho FIESP/CIESP:

"A OIT - Organização Internacional do Trabalho, em 1919, com o advento do Tratado de Versalhes, objetivando uniformizar as questões trabalhistas, a superação das condições subumanas do trabalho e o desenvolvimento econômico, adota seis convenções destinadas à proteção da saúde e à integridade física dos trabalhadores (limitação da jornada de trabalho, proteção à maternidade, trabalho noturno para mulheres, idade mínima para admissão de crianças e o trabalho noturno para menores). (2003, p. 08): "

A OIT foi um ganho significativo, mas diante da evolução tecnológica dos meios de produção faltava algo mais. Por isso, a partir daí começou a ser desenvolvidos sistemas de prevenção de acidentes e doenças ocupacionais mais eficazes.

"Em 1950, um comitê misto da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e da Organização Mundial da Saúde (OMS) definiu Saúde Ocupacional como a ciência que visa à promoção e manutenção do mais alto grau de bem-estar físico, social e mental dos trabalhadores em todas as formas de trabalho desenvolvidas (SEIFFERT, 2008, p.05). "

A preocupação em melhorar a qualidade de vida dos trabalhadores torna-se alvo dos pesquisadores e conseqüentemente do Estado e com o advento da CLT, o legislador passa a ampliar os direitos dos trabalhadores preceituando em seu capítulo V, a Segurança e Medicina do Trabalho, e com isso, a criação das Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego, através da PORTARIA nº 3.214, de 08 de junho de 1978 DOU DE 06/07/78.

Sobre a constitucionalização de tais direitos, proclama a Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

"Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de Saúde, Higiene e Segurança;"

Nesse ínterim, a proteção do trabalhador ganha força pelo instrumento normativo maior, através dos princípios da Proteção e da dignidade da pessoa humana, mas, mesmo gravada

no texto constitucional, resta a discussão acerca da existência da verdade real quanto ao exercício do trabalho, que ultrapassa os limites de uma análise puramente jurídica, pois envolve aspectos morais, éticos e psicológicos, quando se trata da flexibilização de direitos. Dentro desse contexto, Ingo Wolfgang Sarlet bem define a dignidade da pessoa humana:

“Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (2001, p.60).”

A dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental do ordenamento jurídico pátrio, garante uma existência digna, uma vez que, o trabalhador é parte hipossuficiente e integrante desse processo de desenvolvimento, em situação de vulnerabilidade, ou seja, a sua sobrevivência dependerá de um trabalho digno e seguro.

Dentro desse contexto, os direitos fundamentais estão ligados a uma determinada ordem normativa-constitucional e se articulam em termos de complemento com os princípios.

“A constitucionalização dos princípios fundamentais tem um relevante significado jurídico. Por um lado, eles assumem força normativo-constitucional, dada a superação definitiva das ideias de Constituição como simples ‘complexo de directivas políticas’ e uma vez rejeitada a ideia de que as normas e princípios constitucionais são meramente programáticos, sem qualquer vinculatividade imediata. (CANOTILHO, 1991, p. 73).”

De fato, é importante dizer que não podemos desvincular preceitos fundamentais dos princípios de direito. Para o autor “os Direitos Fundamentais não são apenas um limite do Estado, são também uma tarefa do Estado. Ao Estado incumbe defendê-los e garanti-los”. (CANOTILHO, 2003, p. 105). É dever do Estado garantir a manutenção de direitos básicos. A realidade do trabalho no País está bem distante de alcançar a beleza teórica do nosso ordenamento jurídico. As empresas públicas e privadas, assim como os órgãos do governo, através da flexibilização de direitos, tornam-se responsáveis diretos e indiretos pelas condições do trabalho.

2. REFORMA TRABALHISTA E A FLEXIBILIZAÇÃO DO INTERVALO INTRAJORNADA

Com o decorrer dos anos, as relações sociais evoluem, necessitando, assim, que o Direito seja uma ciência dinâmica, isto é, que acompanhe as mudanças sociais para melhor solucionar os conflitos decorrentes de tal evolução. No campo do direito do trabalho não é

diferente, levando em consideração a globalização e o capitalismo, as relações trabalhistas da atualidade também evoluíram.

A negociação coletiva de trabalho constitui um dos fenômenos mais importantes na seara trabalhista. Sendo assim, são instituição de direito coletivo, como por exemplo, direito de greve, organização sindical e representação dos trabalhadores na empresa. Ocorre que será necessário a aplicação do princípio da boa-fé nas negociações coletivas, pois é requisito fundamental para mútua colaboração e transparência na tentativa de solucionar o conflito.

É óbvio que ao direito coletivo e a negociação coletiva cabem certa função de adequação setorial comum de determinadas regras trabalhistas, mas isso não transforma o instituto da negociação coletiva trabalhista em perversos instrumentos de confinamento a princípios.

“A negociação coletiva de trabalho em determinado movimento histórico, teve papel fundamental nos países de capitalismo avançado, como arma contra a recessão econômica e como um instrumento para restabelecer o elemento de justiça e de democracia no local de trabalho, bem como na redistribuição de renda. (SANTOS, 2018, p.4) ”.

Neste período, o Estado exerceu papel importante, intensificando e estimulando a prática da negociação coletiva de trabalho. É nesse sentido que a negociação coletiva de trabalho adquire especial relevância, devido ao fenômeno da coletividade e conseqüentemente o fortalecimento dos sindicatos constitui, de fato, um forte pilar de proteção dos direitos dos trabalhadores, dos direitos humanos fundamentais em busca de uma coletividade mais justa e menos desigual.

“A negociação tem como objetivo a tomada de decisões que solucionem problemas ou estabeleçam condições de trabalho, que sejam complementares a legislação e em algumas situações possam servir como parâmetro para futuras legislações (RUPRECHT, 1995, p. 263). ”

A negociação coletiva ostenta amplos poderes para negociar alguns direitos previstos na própria Constituição Federal. Esta não estaria apta à desconsideração tendo em vista o caráter humanístico e sociais da própria Constituição, pois rebaixar o patamar mínimo de direitos individuais e sociais fundamentais dos direitos trabalhistas através do negociado sobre a lei poderá implicar no desfavorecimento do mínimo existencial previsto na legislação vigente.

Para Mugnolo (2004, p.20) “As regras que compõem o sistema legal não são apresentadas isoladamente, mas, pelo contrário, formam estruturas complexas que geram relações muito diversas”. A negociação coletiva de trabalho tem grande relevância na seara trabalhista, pois

esta é um dos mais importantes métodos de soluções de conflitos existente na sociedade contemporânea.

A Lei 13.467/2017, ocasionou uma grande mudança no Direito do Trabalho, em seus princípios e fundamentos. Contrariou alguns princípios, suprimiu regras favoráveis ao trabalhador, priorizou normas menos favoráveis ao empregado, ou seja, reduziu direitos trabalhistas e introduziu novas modalidades de contratação.

Entre as novas regras, merece destaque o artigo 611-A, da CLT, “o negociado prevalece sobre o legislado”, tipificando que a “convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei, notadamente sobre o intervalo intrajornada, o qual é objeto específico de estudo do presente trabalho.

Era proibida a redução do intervalo para repouso e alimentação por acordo ou convenção coletiva de trabalho, conforme entendimento pacificado pela súmula 437 do Tribunal Superior do Trabalho – TST, sendo o período integral do intervalo pago como hora extra, com adicional legal ou constitucional e reflexos, caso habitual o descumprimento.

A Lei 13.437/2017, conhecida como reforma trabalhista passou a admitir a redução, por acordo ou convenção coletiva de trabalho, respeitando o limite mínimo de trinta minutos e, em caso de não concessão regular, o pagamento limitado ao período suprimido, de natureza indenizatória.

“O intervalo para refeição e descanso, delineado pelo extenso art. 71 da CLT, corresponde a uma das mais importantes medidas de prevenção à fadiga e à exaustão do trabalhador, inserindo-se seu estudo diretamente no conceito mais amplo de segurança e medicina do trabalho”. (SILVA, 2008, p. 147). ”

Percebe-se que o intervalo intrajornada trata-se de um período concedido ao trabalhador para que o mesmo possa se alimentar e descansar, visto que uma jornada de trabalho longa, sem nenhuma pausa, comprometerá na saúde e segurança do trabalhador.

O legislador ao incluir no rol de possibilidade de negociação coletiva a redução do intervalo intrajornada, foi de encontro ao caráter de norma de ordem pública trazida pela Carta Magna de 1988, em seu artigo 7º, inciso XXII, haja vista o citado intervalo tratar de norma de saúde, higiene e segurança do trabalhador.

De acordo com Godinho (2007) os intervalos para repouso e alimentação tipificado na jornada de trabalho celetista, servem, primordialmente, para revigorar as energias do empregado, durante a jornada a ser desempenhada no pacto laboral. “Seus objetivos concentram-se essencialmente em torno de considerações de saúde e segurança do trabalho, como instrumento relevante de preservação da rigidez física e mental do trabalhador” (Godinho, 2007, p. 933).

Entende-se que, neste cenário e com a falácia de aprimorar as relações trabalhistas, combater o desemprego e a crise econômica no país, o intervalo intrajornada passa a ser objeto lícito de negociação coletiva de trabalho, pois poderá acarretar insegurança jurídica a classe trabalhadora, fragilizando direitos conquistados ao longo dos anos.

Convencionalmente, o direito fundamental é estudado com o amparo em diversos direitos que vem surgindo ao longo dos anos para propor uma vida digna a coletividade. Cada um é visto isoladamente em termos das demandas jurídicas de diferentes conjunturas no direito brasileiro.

2.1 A FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS.

A negociação coletiva ostenta amplos poderes para negociar alguns direitos previstos na própria Constituição Federal. Esta não estaria apta a desconsideração tendo em vista o caráter humanístico e sociais da própria Constituição, pois rebaixar o patamar mínimo de direitos individuais e sociais fundamentais dos direitos trabalhistas através do negociado sobre a lei poderá implicar no desfavorecimento do mínimo existencial previsto na legislação vigente. Para Alvarenga (2015, p. 54) “ao consideramos os direitos fundamentais trabalhistas como integrante do rol dos direitos e garantias individuais, estes direitos estão resguardados com cláusula de imutabilidade e absolutamente inaptos a qualquer reforma”.

A doutrina vem se preocupando com a questão do negociado sobre o legislado e enfatiza-se a prevalência do negociado sobre a lei em tempo de desequilíbrio, pois poderá deixar a classe trabalhadora desprotegida em face do setor econômico. Para Cassar (2017, p.32) “flexibilizar pressupõe a manutenção da intervenção estatal nas relações trabalhistas estabelecendo condições mínimas de trabalho, sem as quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade (mínimo existencial) ”.

A Carta Magna (Constituição Federal de 1988) dispõe que a flexibilização é possível desde que estabelecida através de convenção, acordo coletivo, ou na forma que a lei determinar, desde que respeitada a dignidade humana. Para Martins (2015, p. 29) “a flexibilização compreende o fato de assegurar os direitos trabalhistas. Trata-se de uma conquista dos trabalhadores”. A flexibilização está sujeita as regras estatais, de forma que venha atender à necessidade atual da relação trabalhistas.

O direito do trabalho sofreu alterações, os direitos alcançados ao longo dos anos veem sofrendo com a teoria da flexibilização, os princípios norteadores do direito do trabalho estão sendo violado. Para Ramos (2015, p.16) “a negociação coletiva é o instrumento passível de contribuir para a concretização da igualdade de tratamento dos trabalhadores”. Na atual conjuntura da negociação coletiva de trabalho, podemos argumentar que a flexibilização das normas coletivas não pode servir como instrumentos de precarização das relações de trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A flexibilização de direitos sociais, já resguardados constitucionalmente, tornou-se uma constante nos dias atuais, quando falamos em capitalismo e reforma trabalhista observamos um distanciamento das questões relacionadas com a saúde e segurança do trabalhador, como base de expressão protetiva na relação contratual.

Durante o trabalho tivemos empenhados em compreender como a redução do intervalo intrajornada por meio de negociação coletiva de trabalho vem afrontando o direito do trabalho, a partir da Lei 13.467 de 2017, conhecida como reforma trabalhista, a qual prevê essa possibilidade e trouxe para a CLT o inciso III, do artigo 611-A. Para tanto nos detivemos a identificar o novo direito do trabalho em função dessa flexibilização.

Tomando-se a perspectiva do fracionamento a legislação trabalhista pátria como ponto de partida, constatadas todas essas transformações no direito do trabalho o aumento de desemprego aumentou e vem crescendo a cada dia. Os critérios adotados de regulação à modernidade do direito laboral e de grande repercussão nacional parecem inapropriadas para lidar com a crescente complexidade das relações econômicas do país.

Percebe-se que o direito do trabalho tem como foco cabal a guarida de uma das partes da relação trabalhistas. Ele aparece e cresceu com um caráter protetivo e compensador da desigualdade existente na relação de emprego.

Na mesma esteira, a negociação coletiva de trabalho, a qual podemos dizer que acompanhou a evolução histórica do ramo jurídico trabalhista, desenvolveu-se como verdadeiro instrumento de mudança social e econômica aos trabalhadores, como método propício para compensar a hipossuficiência dos trabalhadores, ao nível do contrato de trabalho, com a finalidade de criar melhores condições de trabalho e de qualidade de vida, e por consequência, dar apoio e maior efetivação ao princípio máximo do direito do trabalho, o princípio protetor.

A reforma trabalhista traz mudanças profundas, em especial o negociado sobre o legislado, pois o acordado sobre o legislado, além de fragilizar um Direito Fundamental, mesmo de segunda geração rompe com vários tratados internacionais.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, MARCELO. DIREITO DO TRABALHO. 8. ED. RIO DE JANEIRO: IMPETUS, 2006.

ALVARENGA, RÚBIA ZANOTTELI. DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO. SÃO PAULO: LTR, 2015.

BRASIL. DECRETO LEI Nº 5.452 DE 1º DE MAIO DE 1943. DISPÕE SOBRE A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

BRASIL. LEI Nº 13 467 DE 13 DE JULHO DE 2017. DISPÕE SOBRE A REFORMA TRABALHISTA E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. FUNDAMENTOS DA CONSTITUIÇÃO. COIMBRA, PORTUGAL: COIMBRA EDITORA, 1991.

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO. 7. ED. 9 REIMP. COIMBRA: ALMEDINA, 2003.

CASSAR, VÓLIA BOMFIM. DIREITO DO TRABALHO. 13. ED. SÃO PAULO: MÉTODO, 2017.

_____. CONSTITUIÇÃO (1988). CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. BRASÍLIA: SENADO, 1988.

DELGADO, MAURÍCIO GODINHO. CURSO DE DIREITO DO TRABALHO. 6. ED. SÃO PAULO: LTR, 2007.

FIESP/CIESP. LEGISLAÇÃO DE SEGURANÇA E MEDICINA NO TRABALHO. SÃO PAULO: Ed. FIESP/CIESP, 2003.

HARARI, YUVAL NOAH. SAPIENS – UMA BREVE HISTÓRIA DA HUMANIDADE / YUVAL NOAH HARARI; TRADUÇÃO JANAÍNA MARCOANTONIO. – 34. ED. – PORTO ALEGRE, RS: L&PM, 2018.

MARTINS, SERGIO PINTO. CURSO DE DIREITO DO TRABALHO. 4ªED. SÃO PAULO: DIALÉTICA, 2005.

MARTINS, SERGIO PINTO. FLEXIBILIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO. – 5.ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2015.

MUGNOLO, JUAN PABLO. CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO. ARTICULACIÓN Y SUCESIÓN. BUENOS AIRES. EDIAR, 2004.

RAMOS, IZABEL CHRISTINA BAPTISTA QUEIRÓZ. A NEGOCIAÇÃO COLETIVA E A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE. SÃO PAULO: LTR, 2015.

RUPRECHT, ALFREDO J. RELAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO. SÃO PAULO: LTR, 1995.

SARLET, INGO WOLFGANG. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 2. ED. PORTO ALEGRE: LIVRARIA DO ADVOGADO, 2001.

SANTOS, ENOQUE RIBEIRO DOS. NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. 3. ED. REV. E ATUAL. RIO DE JANEIRO, 2018.

SEIFFERT, MARI ELIZABETE BERNADINI. SISTEMAS DE GESTÃO AMBIENTAL (ISO 14001) E SAÚDE E SEGURANÇA OCUPACIONAL (OHSAS 18001): VANTAGENS DA IMPLANTAÇÃO INTEGRADA. SÃO PAULO: ATLAS, 2008.

SILVA, HOMERO BATISTA MATEUS DA. CURSO DE DIREITO DO TRABALHO APLICADO: JORNADAS E PAUSAS. RIO DE JANEIRO: ELSEVIER, 2008. V. 2.

SOUTO, DAPHNIS FERREIRA. SAÚDE NO TRABALHO: UMA REVOLUÇÃO EM ANDAMENTO. RIO DE JANEIRO: SENAC NACIONAL, 2004.

REGIME JURÍDICO DO PROFISSIONAL DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

Leonardo José Viégas (Direito/Faculdade Damas)¹¹⁶

Prof. Msc. Fábio Menezes de Sá Filho (Direito/Faculdade Damas)²

Prof. Dr. Ricardo José de Souza Silva (Direito/Faculdade Damas)³

Resumo: A presente pesquisa fundamenta-se, diante da ausência de uma legislação específica que tutele a matéria, na criação de um regime jurídico para a contratação de profissionais de Tecnologia da Informação (TI). Com base nessa proposta, empregados e empregadores poderiam utilizar estas informações para orientação e formulação de contratos de trabalho com direitos e deveres para ambas as partes, incluindo o aspecto da jornada noturna destes profissionais, em especial para aqueles que não se encontram em regime de teletrabalho, tornando claros os papéis de cada um na relação. A criação de um regime pode servir como referência para a contratação dos profissionais de TI por empresas deste segmento, tornando possível fornecer melhores condições para estes profissionais, inclusive àqueles que desempenham suas funções no trabalho noturno, atendendo às suas necessidades, incrementando a sua produtividade. Por sua vez, os empregadores terão direito a cobrar destes profissionais os deveres trazidos no respectivo regime jurídico, dentre eles, o comprometimento e a responsabilidade para com seu labor. Ademais, o presente trabalho analisa quais são as modalidades para a contratação dos profissionais que prestem serviço noturno na área de TI para sugerir um regime jurídico que sirva como referência para os futuros contratos. São abordados os requisitos e as características do vínculo dos contratos de trabalho autônomo e celetista, inclusive no caso do labor intermitente. Também é discutida a jornada de trabalho, o adicional noturno e o de horas extras, a contraprestação fixa mensal do profissional de TI e aspectos relativos à reforma trabalhista. Por fim, é apresentada uma sugestão normativa, tendo como base aspectos relativos ao labor noturno do profissional de TI, observando-se material utilizado ao longo da elaboração desta pesquisa, obedecendo aos pressupostos da reforma trabalhista.

Palavras-chave: Reforma trabalhista. Adicional noturno. Teletrabalho.

Abstract: The present research is based on the absence of specific legislation that tutor you the matter, in the creation of a legal regime for the hiring of information technology (IT) professionals. On the basis of this proposal, employees and employers could use this

¹¹⁶ Graduando em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã. E-mail: ljviegas@gmail.com.

information for guidance and formulation of employment contracts with rights and duties for both parties, including the aspect of the night journey of these professionals, in particular for those who are not on a teleworking regime, making clear the roles of each in the relationship. The creation of a regime can serve as a reference for the hiring of IT professionals by companies in this segment, making it possible to provide better conditions for these professionals, including those who perform their functions at night work, meeting your needs, increasing your productivity. In turn, employers will have the right to collect from these professionals the duties brought in their legal regime, among them, the commitment and responsibility for their labor. Furthermore, this paper analyzes the modalities for hiring professionals who provide night service in the IT area to suggest a legal regime that serves as a reference for future contracts. The requirements and characteristics of the bond of autonomous and celetist employment contracts are addressed, including in the case of intermittent labor. It is also discussed the working hours, the extra night and overtime, the fixed monthly consideration of the IT professional and aspects related to labor reform. Finally, a normative suggestion is presented, based on aspects related to the nocturnal labor of the IT professional, observing material used throughout the elaboration of this research, obeying the assumptions of the labor reform.

Keywords: Labor reform. Night work. Teleworking.

INTRODUÇÃO

O presente artigo fundamenta-se, diante da ausência de uma legislação específica que tutele a matéria, na criação de um regime jurídico para a contratação de profissionais de Tecnologia da Informação (TI). Com base nessa proposta, empregados e empregadores poderiam utilizar estas informações para orientação e formulação de contratos de trabalho com direitos e deveres para ambas as partes, incluindo o aspecto da jornada noturna destes profissionais, em especial para aqueles que se encontram em regime de teletrabalho, tornando claros os papéis de cada um na relação.

A ideia de um regime jurídico, que sirva como base para os contratos de trabalho desse segmento, surge para resolver uma situação corriqueira: cada empresa confecciona um contrato próprio, com valores e obrigações que acredita estar alinhada com a sua missão, mesmo que não esteja correlacionada, em aspecto algum, com os valores, as necessidades e a atuação dos profissionais de TI. Com isso, enquanto alguns profissionais não têm um ambiente apropriado para o desenvolvimento do seu trabalho, outros, com mesma função, escolaridade, produtividade, gozam de um ambiente mais apropriado, têm mais benefícios e podem receber salários maiores.

Os vínculos de emprego dos profissionais de TI são, em grande parte, precários, desfavorecendo os trabalhadores e sua força de trabalho. Percebe-se, assim, uma falha quanto aos critérios técnicos de contratação neste setor.

Dessa forma, é comum observar um desgaste físico e psíquico em equipes inteiras, resultado de um ambiente de trabalho inadequado, falta de recursos necessários para o pleno desenvolvimento das suas atividades, além da insalubridade presente em vários casos. Todos esses fatores resultam em empregados desgastados, insatisfeitos e subaproveitados.

Isso acontece, também, no horário noturno por não haver uma referência na qual os contratos possam se basear, em que as necessidades do profissional desta categoria sejam satisfeitas, dando plenas condições para o melhor desempenho e remuneração de suas atividades.

Com esse trabalho, é possível definir um padrão mínimo das condições do trabalho noturno, o que engloba ainda a remuneração, os benefícios e reflexos para os trabalhadores desse segmento, definindo necessidades básicas, sejam relativas ao ambiente de trabalho ou à especificação dos recursos adequados para a realização das suas funções. Além dos requisitos mínimos, é possível estabelecer um padrão de benefícios e adicionais que estes profissionais têm direito. Atualmente, cada empresa estabelece quais oferecer, na quantidade que julgar conveniente, fazendo com que profissionais de mesma função, escolaridade, igual desempenho, trabalhando em idêntico estabelecimento, recebam benefícios e quantias totalmente divergentes.

A utilização desse regime jurídico pelas empresas de TI na contratação de seus funcionários resultará em uma maior igualdade de direitos e remuneração, seja na formalização de sua contraprestação referente ao trabalho noturno, como adicionais e horas extras, seja na percepção de um aumento qualitativo nos trabalhos desempenhados, frutos de uma maior satisfação na realização das suas funções.

De acordo com o exposto, indaga-se: a adoção de um regime jurídico para prestação de serviço noturno, como referência para a contratação desses profissionais, de forma que ilicitudes sejam evitadas, conferiria maior isonomia para esta categoria?

Nesse contexto, tem-se como hipótese a criação de um regime que sirva de referência para a contratação dos profissionais de TI por empresas deste segmento, tornando possível fornecer melhores condições para estes profissionais, inclusive àqueles que desempenham suas funções no trabalho noturno, atendendo às suas necessidades, incrementando a sua produtividade. Por sua vez, os empregadores terão direito a cobrar destes profissionais os deveres trazidos no respectivo regime jurídico, dentre eles, o comprometimento e a responsabilidade para com seu labor.

Ademais, cumpre destacar que este trabalho tem por objetivo geral analisar quais são as modalidades para a contratação dos profissionais que prestem serviço noturno na área de TI, para sugerir um regime jurídico que sirva como referência para os futuros contratos.

Quanto aos objetivos específicos, inicialmente, são abordados: a) os requisitos e as características do vínculo dos contratos de trabalho do profissional autônomo e do celetista, inclusive na modalidade intermitente; b) a jornada de trabalho do profissional de TI, sua remuneração, incluindo a contraprestação fixa mensal, os adicionais de horas extras e o noturno, bem assim, itens correlatos da reforma trabalhista; e c) uma sugestão normativa com base em fontes do Direito, representando disposições da reforma trabalhista.

A pesquisa é descritiva e bibliográfica, tendo sido utilizado o método dedutivo, com intuito de descrever as características dos contratos de trabalho dos profissionais de TI e as especificidades da realização de jornada noturna por estes profissionais. Para tanto, o estudo está dividido em 2 (dois) capítulos.

No primeiro, são abordadas as características da pesquisa, método, problema, hipótese e sugestões.

Por fim, é apresentada uma sugestão normativa, tendo como base aspectos relativos ao labor noturno do profissional de TI, observando-se material utilizado ao longo da elaboração desta pesquisa, o que inclui a doutrina, as normas coletivas e as regras legais, obedecendo aos pressupostos da reforma trabalhista.

1. SUGESTÃO DE REGIME JURÍDICO DO LABOR NOTURNO DO PROFISSIONAL DE TI

O profissional de TI, dentre vários tipos e categorias, é aquele que trabalha com alguns dos setores existentes no campo da informática, seja no de desenvolvimento e testes de sistemas e soluções, ou no de atendimento e suporte ao usuário, bem como nas diversas novas áreas que surgem a cada dia, na velocidade que a tecnologia avança.

Observando-se a rapidez da evolução tecnológica, o incentivo dado pelo Estado e o número crescente de profissionais e empresas dessa área, percebe-se a necessidade de criação de Conselhos Profissionais para o controle, regulação e orientação das atividades e relações cíveis ou trabalhistas firmadas pela empregadora ou tomadora de serviço.

1.1. CRIAÇÃO DE CONSELHOS PROFISSIONAIS REGIONAIS E FEDERAIS

Os conselhos profissionais estão sempre trabalhando para trazer melhorias para a categoria que representam, oferecem curso de capacitação, lutam por criação de leis que beneficiem seus membros registrados e fornecem todo o apoio necessário ao profissional que tem o seu contrato rescindido com a empresa, como a verificação dos cálculos das verbas rescisórias, antes obrigatória, agora revogada pela reforma.

Algumas categorias profissionais, como médicos, químicos ou engenheiros, possuem conselhos regionais de impactante atuação em prol das respectivas categorias. No caso dos médicos, a atuação profissional, seja como autônomo, seja como funcionário de algum hospital, a inscrição no conselho de medicina é indispensável.

Como observado, é parte fundamental dessa sugestão normativa a efetiva criação dos conselhos profissionais, a qual, além de ajudar na aplicação e fiscalização do atendimento às respectivas normas, visando a proteger a relação existente entre empregado e empregador ou prestador e tomador do serviço e seus direitos, ainda orienta sobre os direitos de ambas as partes gerados por esse vínculo de emprego ou de prestação de serviços.

1.2. DELIMITAÇÃO/SUGESTÃO DE HORÁRIO NOTURNO ESPECÍFICO DA CATEGORIA

A prestação de trabalho pode se concretizar, a princípio, em qualquer fase do dia ou da noite. Contudo, a prestação noturna de trabalho é, obviamente, mais desgastante para o trabalhador, sob o ponto de vista biológico, familiar e até mesmo social. O trabalho noturno provoca no indivíduo uma agressão física e psicológica intensa, por supor o máximo de dedicação de suas forças físicas e mentais em um período em que o ambiente físico externo induz ao repouso.

Então, é sugerido que se o funcionário interrompeu suas atividades às 22h00, é possível que ele retorne no dia seguinte, às 09h00, respeitando as 11(onze) horas de intervalo interjornadas, de acordo com o art. nº 66 da CLT. No entanto, de acordo com a experiência prática e fática observada em empresas do ramo de tecnologia, há a sugestão para que o horário das 0:00 às 08:00 da manhã seja estabelecido como o horário noturno. Ressaltando que há o interesse, por parte do profissional, em realizar o trabalho intelectual de madrugada por conta das interrupções por conta de família ou ligações, por exemplo.

1.3 VISTORIAS NO POSTO DE TRABALHO

As vistorias são realizadas nos locais de trabalho do empregado, atualmente, quando se faz necessário algum tipo de perícia. Percebe-se que são feitas já nos casos em que o empregado já realizou seu labor por um certo período de tempo e ocorreu algum fato a ser investigado ou mesmo demandado por algum juízo.

Diante disso, é sugerido que a empresa realize vistorias no ambiente de trabalho do funcionário, de forma a analisar se há agentes tóxicos, irritantes, alérgicos ou apenas incômodos afetem a saúde do trabalhador ao exercer suas atividades naquele local analisado. Detectados esses agentes, a empresa deverá tomar providências de forma a minimizar ou, ao menos, deixar dentro dos limites aceitáveis o impacto na saúde do trabalhador causado pela exposição.

1.4. SUGERIR COMO TEMPO À DISPOSIÇÃO OS SEGUINTE CASOS EXCLUÍDOS PELA REFORMA.

O estudo realizado pelo trabalhador, quando voltado às atividades realizadas no seu trabalho ou em função deste, afim de aprimorar seus conhecimentos para uma melhor desempenho e produtividade ou para tornar viável a resolução de caso específico de maior complexidade,

deve ser considerado tempo à disposição, visto que o estudo realizado não é voltado ao proveito pessoal do trabalhador, mas para melhor desempenhar suas atividades laborais.

A reforma, ao incluir o estudo, de forma genérica, não observou o objetivo do estudo realizado, desta forma, é sugerido que o estudo realizado sobre assunto direta ou indiretamente ligado à atividade do funcionário na empresa ou em função desta, deveria ser considerado tempo à disposição do empregador. Da mesma forma, como tratado no parágrafo anterior, o descanso para melhora de produtividade ou concentração deve ser interpretado pelo empregador como benéfico à empresa e não como tempo de lazer ou proveito pessoal do funcionário.

1.5. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA CLT (NO QUE NÃO FOR INCOMPATÍVEL)

Dessa forma, utilizando-se essas sugestões normativas como referência para futuros contratos, aplica-se, no que couber e não seja contraditório, as disposições da CLT. Por exemplo, art. 66, CLT, 11 (onze) horas de intervalo interjornadas, além de todas as matérias não tratadas nas proposições apresentadas que fazem referência às atividades relacionadas ao profissional de TI, evitando lacunas ou omissões no regime jurídico apresentado neste trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sugestão de normas orientadoras e utilização destas como referência para a contratação de profissionais de TI, na prestação de serviço em horário noturno, apresenta como consequência profissionais mais satisfeitos, com maior produtividade e apresentando menos doenças relativas ao trabalho.

Da mesma forma, caso as sugestões normativas apresentadas sejam seguidas, tanto o empregado como o empregador estarão diminuindo as chances de haver algum embate jurídico quando este contrato chegar ao fim. Esse fato ocorre devido a alguns fatores, dentre eles as sugestões normativas terem embasamento jurídico, deixando claro o equilíbrio de direitos e deveres de ambas as partes para o cumprimento do contrato.

A prestação de trabalho é realizada rotineiramente durante o horário diurno ou comercial, em horários que estão cumpridos entre às 08h00 e 18h00. O trabalho noturno é aquele em que o trabalhador exerce quando deveria estar descansando após um dia de atividades profissionais e pessoais. Este trabalho impacta nos profissionais em diversos meios. Pode ser utilizado como exemplo o aspecto biológico, pois o corpo humano pressupõe um período de descanso após um dia intenso de atividades, o aspecto físico, visto que para executar as atividades durante o dia, a energia e força já foram utilizadas e o corpo está cansado, quicá esgotado, o aspecto psicológico é abordado quando todas as preocupações, problemas e tensões causadas pelas atividades na execução destas, não terão um tempo para descanso e reflexão

sobre elas ao final do dia, em um período em que o ambiente físico externo induz ao repouso, mas, sim, novas atividades, novos focos de concentração e possíveis tensões, gerando um acúmulo altamente prejudicial ao profissional de TI. Por último, mas não menos importante, esse “terceiro turno” tende a agredir de forma impactante o aspecto social, quando a atenção do trabalhador, após um dia inteiro fora de sua residência, tem que estar voltada aos seus projetos pessoais, à sua família e à sua vida social como um todo. Esses últimos focos de atenção e energia restam prejudicados com o labor em horário noturno, por essas razões o Direito do Trabalho sempre tendeu a conferir um tratamento mais adequado ao trabalho ou jornada noturna, em contrapartida ao trabalho realizado durante o dia, mas como o profissional de TI possui características e necessidades diferenciadas, a utilização destas sugestões normativas como referência para novos contratos se mostra tão importante.

Em relação ao contrato de trabalho intermitente, é importante que se diga que há um alerta que deve ser levado em consideração: relativo à lógica da contratação, observando-se o dever, inerente ao empregador, de ocupação efetiva do trabalhador passa a ser substituído por uma opção de o tomador de serviços de ter a seu dispor a mão de obra profissional apenas na “hora” em que lhe convier, independentemente de horários, dias da semana e a frequência destes chamados. Trata-se de algo que deve ser debatido, considerando que o obreiro se encontra em total insegurança financeira e profissional, sempre na expectativa por uma convocação mediante chamado e só será realizado em caso de efetivo serviço. Desse modo, sendo percebido caso de flagrante hipossuficiência e vulnerabilidade por parte do empregado, uma modificação na CLT de modo a responsabilizar o empregador por não atribuir atividades para estes funcionários deveria ser feita, visando evitar que a percepção remuneratória do obreiro e consequentemente sua subsistência, bem assim de seus familiares seja prejudicada. O empregador que adota este comportamento não estaria exercendo corretamente o seu dever de ocupação efetiva perante seus funcionários, mas é algo que a CLT, de fato, hoje, permite, quando dispõe ser possível haver períodos de inatividade.

No que tange ao teletrabalho, é importante lembrar que a CLT, ao ser instituída na década de 40, trouxe a questão da incompatibilidade ou impossibilidade de controle de jornada, pois, na época, os meios telemáticos eram extremamente restritos. Não havendo internet para a população, nem os aparelhos de telefonia móvel, tão populares atualmente, a comunicação por cartas, telegramas ou algum outro meio disponível na época, impossibilitava ao empregador um real controle sobre as atividades realizadas pelo empregado em tempo real. Nada mais justo do que incluir no art. 62 da CLT o vendedor externo, vigias ou gerentes, cargos que o controle sobre o local onde o obreiro se encontra ou atividades que está realizando no momento eram praticamente impossíveis de serem comprovadas ao tempo em que eram realizadas. Atualmente, com a internet acessível para todos, popularização dos telefones celulares que já vem, inclusive, com GPS, não há que se falar na incompatibilidade

ou impossibilidade levantada na década de 40, mas em uma inexigibilidade de controle de jornada por parte do empregador, visto que há todos os meios disponíveis para tal.

As sugestões normativas foram apresentadas, quais sejam a criação de conselhos profissionais regionais e federais, a sugestão do horário noturno específico da categoria, uma orientação de vistorias no posto de trabalho, a sugestão de contar como tempo à disposição (com limites) alguns casos excluídos pela reforma e, por fim, a aplicação subsidiária da CLT no que não for incompatível.

A criação de conselhos profissionais, regionais e federais, para a área de TI, assegurariam a defesa e disciplina do exercício profissional, representando, em juízo e fora dele, os interesses gerais e individuais dos profissionais de TI, visando assegurar a qualidade dos serviços prestados às empresas e à sociedade em geral. Os próprios conselhos auxiliariam na aplicação e fiscalização das sugestões normativas apresentadas neste trabalho.

O estabelecimento do horário noturno específico da categoria serviria como referência para empregados e empregadores para ter um melhor controle sobre a quantidade de atividades repassadas aos obreiros, caso eles estejam entrando em período noturno com frequência, gerando maiores custos para a empresa, bem como àqueles que exercem suas atividades rotineiramente em horário noturno, controlarem suas horas extras e obediência aos intervalos intrajornada e interjornada, por exemplo.

No que tange às vistorias no posto de trabalho, é possível concluir que se trata de algo fundamental para o empregador e para o empregado. Caso a empresa, em alguma vistoria realizada, detecta que a luminosidade do local, estrutura, como cadeiras ou local exato onde o trabalho é realizado sejam inadequados, ela pode restringir ou vetar o teletrabalho, afim de evitar que este obreiro contraia doenças ou sofra lesões que não foram de responsabilidade exclusiva da empresa.

Por fim, conclui-se que as sugestões normativas apresentadas neste trabalho não exaurem os cuidados e benefícios para com os obreiros e seus empregadores, mas podem servir de base para um melhor relacionamento entre estes, bem como podem render frutos de melhor qualidade resultantes do trabalho do profissional de TI.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. BRASÍLIA, DF: SENADO FEDERAL: CENTRO GRÁFICO, 1988.

_____. DECRETO-LEI N. 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. APROVA A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. DIÁRIO OFICIAL [DA] REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. BRASÍLIA, DF, 2001. DISPONÍVEL EM [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCVIL/DECRETO-LEI/DEL5452.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccvil/DECRETO-LEI/DEL5452.HTM). ACESSO EM 24 OUT. 2018.

_____, 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. BRASÍLIA, 13.JUL 2017.

DELGADO, MAURICIO GODINHO. CURSO DE DIREITO DO TRABALHO. 16. ED. REV. E AMPL. SÃO PAULO: LTR, 2017.

_____. A REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL: COM OS COMENTÁRIOS À LEI N. 13.467/2017. SÃO PAULO: LTR, 2017.

FREITAS, IVES FAIAD. TELETRABALHADOR E A CONFIGURAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO: ANÁLISE DAS TEORIAS DA PARASSUBORDINAÇÃO E A SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. BOLETIM JURÍDICO, UBERABA/MG, ANO 13, Nº 979. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.BOLETIMJURIDICO.COM.BR/DOCTRINA/ARTIGO/2531/TELETRABALHADORCONFIGURACAO-VINCULO-EMPREGATICIO-ANALISE-TEORIAS-PARASSUBORDINACAO-SUBORDINACAOESTRUTURAL](https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2531/teletrabalhadorconfiguracao-vinculo-empregaticio-analise-teorias-parassubordinacao-subordinacaoestrutural). ACESSO EM: 1 OUT. 2018.

LEITE, CARLOS HENRIQUE BEZERRA. CURSO DE DIREITO DO TRABALHO. 8. ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2017.

PORTUGAL. LEI N.º 7, DE 12 DE FEVEREIRO DE 2009. APROVA A REVISÃO DO CÓDIGO DO TRABALHO. LISBOA, 12.FEV 2009. DISPONÍVEL EM

<[HTTP://CITE.GOV.PT/ASSTSCITE/DOWNLOADS/LEGISLACAO/CT20032018.PDF#PAGE=66](http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT20032018.pdf#page=66)>.
ACESSO EM 09.NOV 2018.

SANTOS, ÉLISSON MIESSA DOS; CORREIA, HENRIQUE LIMA. MANUAL DA REFORMA TRABALHISTA: LEI 13.467/2017 O QUE MUDOU? SALVADOR: JUSPODIVM, 2018.

SILVA, HOMERO MATEUS DA. COMENTÁRIOS A REFORMA TRABALHISTA [LIVRO ELETRÔNICO] / HOMERO MATEUS DA SILVA. SÃO PAULO: RT, 2017.

O CONTRATO ZERO HORA E O CONTRATO INTERMITENTE: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DAS EXPERIÊNCIAS DO REINO UNIDO E DO BRASIL

*Orientadora: Isabele Bandeira de Moraes D'Ángelo*¹¹⁷.

*Isabela Cavalcante Santos*¹¹⁸.

*Giúlia Barbosa Lima*¹¹⁹.

Resumo: O Reino Unido, em razão de crises econômicas, passou por um forte processo de disseminação dos Contratos de Trabalho Zero Hora (CTZH), os quais oferecem o pagamento apenas pelas horas de serviço prestadas, sem que exista uma determinação contratual quanto à exigência de horas que o empregado deverá se manter disponível para o chamado do empregador. Posteriormente, essa tendência de flexibilização também chegou ao Brasil, o que acarretou na implementação do Contrato de Trabalho Intermitente (CTI), inserido no ordenamento jurídico pela Lei nº 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista), conforme o art. 443 do novo texto da CLT. A metodologia utilizada é histórico-prospectiva e consiste no levantamento bibliográfico, a fim de fazer uma prospecção das consequências da adoção do CTI no Brasil. Observou-se que ocorreram diversos problemas no Reino Unido referentes ao CTZH, desencadeando uma remodelação dessa espécie de contrato. Apesar disso, o CTI foi estabelecido ignorando os conhecidos transtornos já vivenciados. Ao passo em que o Brasil recepcionava essa nova possibilidade de contrato trabalhista, o Reino Unido já estava passando por um processo de remodelação do CTZH após a constatação de diversos problemas relativos à utilização indiscriminada desse contrato, visto que o mesmo revela-se deficiente. O CTI foi implementado no Brasil nos moldes originais do CTZH, sem medidas adequadas de precaução. Por isso, conclui-se que, a introdução do CTI no ordenamento brasileiro não foi feita de maneira sustentável, pois o argumento utilizado de que tal contrato seria um avanço para as relações trabalhistas sem que direitos fossem suprimidos é falacioso. O Direito do Trabalho surgiu e se fortaleceu regulando as relações empregador-empregado e buscando, especialmente, defender os direitos do trabalhador. A modernização desse direito não deve ser pautada por uma drástica mudança na balança, dando maior valor a empregadores do que a empregados, como pretende o CTI.

Palavras-chaves: Trabalho. Contrato zero hora. Contrato intermitente.

¹¹⁷ Doutora e Mestra em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professora Adjunta dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade de Pernambuco - UPE. Membro da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho, do Instituto Ítalo-brasileiro de Direito do Trabalho e da Associação Luso Brasileira de Juristas do Trabalho

¹¹⁸ Bacharelada em Direito pela UPE

¹¹⁹ Bacharelada em Direito pela UPE

Abstract: The United Kingdom, as a consequence of severe economic crisis, went through an intense spreading of Zero Hour Contracts (ZHCs), which pay only accordingly to the effectively worked hours, without a contractual clause which determines the number of hours in which the employee must remain available to the employers' summoning. After a while, such tendency spread through other countries, including Brazil, which led to the adoption of the "Contrato de Trabalho Intermitente" (CTI, which can be translated as Intermittent Labor Contract), formalized by the legal document "Lei nº 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista)", in the article #443 of the new Brazilian Labor Law. The chosen methodology of the present article is the historical-prospective approach, which analyses a lengthy bibliography in order to understand the consequences of the CTI in Brazil. Alas, many issues related to ZHCs were identified in the United Kingdom, unraveling a new understanding of those kind of contracts. Despite that previous knowledge, the Brazilian CTI was implemented ignoring completely the issues identified by the British. Whereas Brazil was implementing this format of labor contracts, Britain already was reshaping such contracts after identifying numerous problems related to the unlimited usage of flexible contracts, which are quite deficient. Despite that, the Brazilian CTI was implemented in the original format of the British ZHCs, without improvements. As a consequence of those analysis, it can be concluded that the CTI was not introduced in Brazil in a proper manner, for the lead argument that advocated for its implementation is not valid, the CTI does not represent the advancement of working relations without damages to labor rights. The origins of Labor Law are entangled to the regulation and improvement of employer-employee relations. The evolution of this field of Law must not be guided by a drastic shift in the equilibrium of that relationship, for the CTI inappropriately favors employers and diminishes employees.

Keywords: Labor. Zero Hour Contracts. *Contrato Intermitente*.

INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho e a Economia sempre tiveram uma estreita ligação. Esse vínculo ocorre no sentido de que a Economia determina as condições de mercado, que, por sua vez, modelam as relações de emprego. Assim, é dever do Direito do Trabalho zelar pelo empregado e pelo empregador, assegurando uma relação justa entre ambos, mesmo que a situação econômica se torne desfavorável.

Tal situação de adversidade econômica com impacto na relação de trabalho esteve presente na Crise Global de 2008 e anos subsequentes. Como é característico de uma crise

econômica, verificou-se, nesse período, um grande aumento do desemprego. A respeito desse fenômeno, Junior, Santos e Ferreira explicam que:

“A última crise financeira, que atingiu seu ápice na segunda metade de 2008, é a mais grave e severa desde a Crise de 1929. Sendo inicialmente uma crise de inadimplência no mercado imobiliário americano, logo tomou proporções mundiais, tornando-se uma crise sistêmica. A crise financeira teve forte impacto na economia real, gerando desempregos e levando várias empresas à falência. (JUNIOR; SANTOS; FERREIRA, 2010, grifo nosso) ”.

Em resposta à crise, no intuito de evitar demissões, foi fortalecida, no Reino Unido, a adoção de contratos de trabalho mais flexíveis, de diferentes modalidades, que são identificadas pelo termo “Contrato de Trabalho Zero Hora”. Nesses contratos, o empregado não possui uma jornada de trabalho semanal com horários pré-estabelecidos. Em vez disso, trabalha apenas quando convocado pelo empregador, e, portanto é remunerado apenas pelas horas que presta um serviço de fato.

No Brasil, a crise econômica também incitou a necessidade de flexibilização do contrato de trabalho. Nesse sentido, a proposta de um “Contrato de Trabalho Intermitente” foi normatizada pela Reforma Trabalhista de 2017 (Lei n. 13467/2017), trazendo à tona discussões acerca da possível incompatibilidade dessa espécie contratual com os direitos até então vigentes na Consolidação das Leis Trabalhistas (1943).

O principal argumento a favor dos contratos de trabalho flexíveis é a redução do desemprego, acrescentando-se que, apesar das desvantagens que possam causar ao empregado, são necessários para o combate a uma situação economicamente difícil. Tal corrente também supõe que, conforme a situação financeira se torne mais favorável, os contratos de trabalho flexíveis deixarão de ser utilizados. Contudo, a experiência vivenciada no Reino Unido, pelo contrário, demonstra que, mesmo após a melhoria da situação econômica, os Contratos de Trabalho Zero Hora continuam a ser celebrados, e com maior frequência a cada ano.

O presente artigo pretende analisar criticamente os contratos de trabalho flexíveis, a partir de uma comparação entre os Contratos de Trabalho Zero Hora do Reino Unido e o Contrato de Trabalho Intermitente do Brasil. Sendo levadas em consideração as necessidades suscitadas dentro do contexto de uma crise econômica, mas também a proteção dos direitos trabalhistas. Desse modo, busca-se respeitar o equilíbrio entre empregado e empregador dentro da relação trabalhista.

1. OS MODELOS CONTRATUAIS

1.1 Contrato Zero Hora

Desde a revolução industrial do século XVIII o Reino Unido apresenta-se como um importante polo de influência para o Direito do Trabalho, não é de se surpreender, portanto, que ele tenha sido pioneiro ao preocupar-se com a proteção dos trabalhadores submetidos aos chamados contratos “zero hora” de trabalho.

Foi a partir de 2013 que os contratos Zero Hora geraram repercussão popular no século XXI. Um dos primeiros fatores que fortaleceram esse novo destaque para o tema foi o documento de Consulta sobre Contratos de emprego Zero Horas publicado pelo *Department for Business, Innovation & Skills*, no qual foi defendida a sua legalidade.

Primeiramente, é importante ressaltar que a dificuldade na análise do contrato zero hora se inicia com a falta de clareza quanto a sua terminologia, visto que tal instituto possui as mais diversas conceituações.

Na conceituação da Corte de Justiça do Reino Unido, os contratos zero hora são contratos que oferecem um trabalho de acordo com a necessidade, pelo qual o trabalhador exerce sua função sob a obrigatoriedade de um contrato que não estipula nem as horas semanais a serem trabalhadas, nem a maneira pela qual esse trabalho deve ser organizado, mas que permite ao trabalhador ter a escolha de aceitar ou recusar o trabalho oferecido (ADAMS; FREEDLAND; PRASSL, 2015).

Já o “Organisation of working Time Act” (Ato de Organização do Tempo de Trabalho, tradução nossa) de 1997 conceitua o contrato Zero Hora como sendo um contrato de trabalho em que o empregado coloca seu serviço à disposição do empregador durante determinado período de tempo na semana. Entretanto, o pagamento só será feito, pelo empregador, para as horas que foram de fato trabalhadas e não para as horas colocadas à disposição (ADAMS; FREEDLAND; PRASSL, 2015). Para tanto, porém, o ato determina a exigência de um pagamento mínimo para o caso de o serviço não ser em nenhum momento requisitado durante a semana, sendo este pagamento calculado em 25% das horas em que o empregado esteve obrigado a se colocar à disposição. Entretanto, esse conceito de contrato zero hora não é amplamente utilizado no mundo do trabalho.

Existe, na verdade, uma prevalência de contratos “se e quando”, ‘if and when’, (O’SULLIVAN et al, 2015), que significam contratos de trabalho que oferecem o pagamento apenas pelas horas de serviço prestadas, entretanto, sem que exista uma determinação contratual quanto a exigência de horas que o empregado deverá se manter disponível para o chamado do empregador. Desse modo, se não existe a exigência de disponibilidade determinada, ao trabalhador não caberá nenhum pagamento mínimo semanal, bem como não caberá, a ele, qualquer tipo de compensação.

Desta forma, para este trabalho será adotado o entendimento de contratos zero hora como sendo aqueles tipos de contratos trabalhistas que não contém um número mínimo de horas a serem pagas, no qual a pessoa não é contratada para trabalhar uma quantidade regular de horas e só recebe remuneração referente ao tempo em que prestou serviço. A partir de tal interpretação, entendem-se como possíveis contratos zero hora em que o trabalhador esteja obrigado a se colocar à disposição do chamado do empregador, assim como aqueles em que o trabalhador não tem obrigação de estar disponível.

1.2 Contrato de Trabalho Intermitente conforme a Lei n. 1.3467/2017

No Brasil, os contratos “se e quando” não eram aceitos pelo ordenamento jurídico, haja vista não haver previsão deles na Consolidação das Leis Trabalhistas (1943). Porém, a inserção do Brasil em uma crise econômica, que acarretou o aumento do desemprego e o incremento de dificuldades no meio empresarial, corroborou para a eclosão do sentimento de necessidade de modificação das leis trabalhistas.

A CLT data dos anos 1940, momento em que o país vivenciava um contexto industrial que não mais corresponde à realidade hodierna, especialmente, considerando o desenvolvimento que o setor de serviços obteve nos últimos anos e o aumento do trabalho informal. Dessa forma, a legislação trabalhista passou a ser considerada insuficiente para as demandas contemporâneas. Nesse sentido, a adoção de contratos de trabalho mais flexíveis é compreendida, como uma das posturas tomadas para a redução de gastos, a exemplo do “contrato de trabalho intermitente”.

A regularização desse contrato representaria, supostamente, uma melhor adequação ao ciclo produtivo contemporâneo, incluindo trabalhadores e empregadores que não podem se comprometer com horários fixos, beneficiando clientes com um atendimento mais regular.

Modificações foram trazidas pela Lei da Reforma Trabalhista (Lei n. 1.3467/2017), dentre elas está a normatização do Contrato de Trabalho Intermitente. Primeiramente, é necessário compreender o conceito desse novo instituto. A Lei n. 1.3467/2017 define em seu Artigo Art. 443 caput e parágrafo terceiro que

“Art. 443. 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.

§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.” (NR) ”

Desse modo, a partir da leitura do dispositivo, conclui-se que a principal característica do contrato de trabalho intermitente (CTI) é a descontinuidade da prestação de serviços. Ou seja, ao contrário do contrato de trabalho tradicional, o CTI não possui uma jornada de trabalho semanal com número fixo e pré-estabelecido de horas de serviço, há uma alternância de períodos de trabalho e inatividade.

2. COMPARATIVO: CONTRATO ZERO HORA E CONTRATO INTERMITENTE

O “Contrato de Trabalho Zero Hora”, resumidamente, tem duas características principais: as horas de trabalho flexíveis e a desobrigação de disponibilizar um piso de horas de serviço. Já o “Contrato de Trabalho Intermitente” tem como principal característica a descontinuidade da prestação de serviços, ou seja, não há uma jornada de trabalho semanal com horários fixos. A partir dos conceitos desses institutos contratuais é possível perceber um liame no que diz respeito à natureza da relação de trabalho. A ideia central de ambos os contratos é a flexibilidade, a descontinuidade da prestação de serviço do empregado. Tanto o Contrato Zero Hora quanto o Contrato Intermitente buscam regulamentar uma relação de emprego com características novas para o Direito do Trabalho, pois nela não é seguido o padrão da jornada de trabalho tradicional.

Como ambos os contratos dizem respeito a regimes de trabalho com horário de trabalho variável, sujeito à convocação, ambos enfrentam o questionamento acerca das horas em que o empregado está à disposição do empregador sem estar trabalhando de fato. Tais horas não são um momento de descanso, pois o empregado deve permanecer alerta para responder a convocação do empregador. Mas também há relutância em remunerar tais horas de maneira integral, pois, no ponto de vista empresarial, nenhum serviço foi prestado de fato.

Dentro do Contrato de Trabalho Zero Hora, sobre as horas em que o empregado deve estar à disposição, o “Organisation of working Time Act”¹²⁰ (Ato de Organização do Tempo de Trabalho) determina que o empregador só deve fornecer pagamento às horas que foram de fato trabalhadas, e não para as horas colocadas à disposição. Contudo, o mesmo Ato contém um mecanismo de proteção ao empregado, caso este, ao longo de uma semana tenha se colocado à disposição do empregador, e, apesar disso, não tenha sido convocado sequer uma vez. Para a semana em que o trabalhador se pôs a disposição e não foi requisitado, o

¹²⁰ O’SULLIVAN, Michelle; TURNER, Tom; MCMAHON, Juliet; RYAN, Lorraine; LAVELLE, Jonathan ; MURPHY, Caroline; O’BRIEN, Mike; GUNNIGLE, Patrick. A Study on the Prevalence of Zero Hours Contracts among Irish Employers and their Impact on Employees. Disponível em <<https://www.djei.ie/en/Publications/Publication-files/Study-on-the-Prevalence-of-Zero-Hours-Contracts.pdf>>. Acesso em 19 de out. de 2016.

Ato determina que 25% das horas que ele esteve à disposição devem ser remuneradas pelo empregador.

Acontece que a proteção da remuneração das “horas de disposição” é na maioria das vezes desrespeitada. Assim, ignora-se a disposição contida no “Organisation of working Time Act” e adota-se um sistema “If and When” (Se e Quando) de remuneração, de modo que apenas as horas trabalhadas de fato são pagas pelo empregador (pois o trabalhador recebe “se” e “quando” o empregador chamar). Portanto, a análise dos efeitos do Contrato Zero Hora no Reino Unido mostra que os empregadores não são favoráveis ao pagamento de tais horas, e tendem a negá-lo.

Quanto à remuneração do trabalhador no CTI, essa será estabelecida a partir do valor da hora de trabalho registrada no contrato, conforme prevê o Art. 452-A da Lei n. 1.3467/2017

“Art. 452-A. 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. ”

A partir da leitura específica do Artigo 452-A, é possível perceber que no contrato de trabalho intermitente a remuneração do trabalhador não é fixa, deve ser calculada com base no salário dos demais empregados do estabelecimento, e varia de acordo com as horas em que o empregado labora ou encontra-se à disposição do empregador.

Visto isso, percebe-se que, apesar de existir uma garantia quanto ao valor da hora de trabalho (que segue o salário mínimo e o valor dos empregados que realizam as mesmas funções), não há uma garantia de que a soma das remunerações por horas trabalhadas alcance o salário mínimo nacional. Sobre tal matéria é pertinente uma clarificação: estabelecer o salário mínimo como base de cálculo do valor da hora de trabalho não garante a obtenção efetiva do salário mínimo nacional, para isso é necessário que seja ofertado o número suficiente de horas de trabalho cuja soma permita alcançar o pleno salário. Portanto, caso as horas não sejam ofertadas pelo empregador, o salário mínimo não é atingido, dessa forma, não há sequer garantia de que a soma das remunerações alcançará o piso salarial da categoria.

Nessa perspectiva, percebe-se que a remuneração do trabalhador depende do tempo efetivamente laborado. Deve-se ainda ressaltar que, no contrato de trabalho intermitente, o período de tempo em que não houver existido chamada para prestação do serviço é considerado tempo livre, não estando o empregado à disposição do empregador.

Outro ponto de comparação que deve ser feito entre os modelos de contrato é a possibilidade do empregado recusar ou não uma oferta de serviço do empregador. O Contrato de Trabalho Zero Horas é bastante enfático quanto à desobrigação de disponibilidade do empregado,

desse modo, pelo entendimento da Corte de Justiça do Reino Unido o trabalhador tem a escolha de aceitar ou recusar o trabalho oferecido.

Também no Contrato Intermitente existe a possibilidade de recusa do empregado, como previsto no art. 452-A, §2º, da CLT, “recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa.”.

2.1. A experiência do Reino Unido: os possíveis efeitos do Trabalho Intermitente no Brasil

A utilização do contrato Zero Hora no Reino Unido tem levantado uma problemática relativa a esse modelo contratual. Nessa perspectiva, a Lei 13.467/17 não se mostra suficiente para evitar que os principais problemas ocorridos lá se repitam no Brasil. Na verdade, houve omissão do legislador ao disciplinar determinados pontos do contrato intermitente, levando ao entendimento que, possivelmente, tais problemas também ocorrerão no Brasil.

Primeiramente, é importante apontar que, no Brasil, a baixa na economia tem sido colocada como uma das, senão como a principal, causas para justificar a necessidade de regulamentação dos contratos intermitentes. Na Inglaterra, a mesma fundamentação foi utilizada enquanto os britânicos assistiam ao aumento da utilização do contrato zero hora. A multiplicação de trabalhadores vinculados a este contrato aconteceu durante o período de crise e desde o início do “fenômeno zero hora” o desemprego crescente foi colocado como justificativa para tal.

De fato, entre todas as recessões já vivenciada pelo Reino Unido, a menor taxa de desemprego foi marcada nesta última, quando se aumentou a utilização do contrato zero hora, o que demonstra fortes indícios de que ele tenha servido a esse propósito de redução do desemprego. Contudo, era esperado que, após o período de recessão, os empregadores voltassem a contratar em melhores termos, o que não vem acontecendo (GARDINER, 2015). Nos últimos anos, apesar da gradativa melhora na economia britânica, o contrato zero hora continuou a ser utilizado cada vez mais. Com a recuperação financeira do Reino Unido, o não desaparecimento desse modelo de contrato demonstra que ele não cairá em desuso, tão pouco desaparecerá, mas em verdade, se tornará permanente no mundo do mercado de trabalho.

Está demonstrado que a adoção de contratos de trabalho flexíveis é um fenômeno duradouro, não apenas relacionado com crises financeiras. Diante desse caráter permanente, é de suma importância a prospecção de seus possíveis efeitos com a implementação do Contrato Intermitente pela Reforma Trabalhista de 2017. Nesse sentido, são urgentemente necessárias medidas que regulamentem o interesse empresarial, pois deve ser considerado o real perigo de uma demissão em massa de trabalhadores contratados pelo modelo tradicional da CLT

para que estes sejam substituídos por trabalhadores mais flexíveis, simplesmente pela diminuição de custos.

Uma das principais problemáticas relativas à utilização desse contrato está em uma prática observada com certa constância entre os empregadores britânicos: o controle das horas ofertadas como intimidação. Apesar desse modelo contratual ter como foco alcançar trabalhadores que não podem trabalhar várias horas em um dia ou vários dias em uma semana, é comum o aumento de horas como recompensa por aceitar serviços ofertados, assim como a diminuição ou o corte de horas de trabalhadores que não aceitaram trabalhar em determinado momento (Alakeson, 2013). Dessa forma, surgem relações de emprego abusivas nas quais os empregados, que em grande parte buscam conciliar o trabalho com outras atividades, não conseguem nem mesmo administrar o próprio horário sem ter medo de sofrerem retaliações.

Outro ponto de controvérsia observado no Reino Unido diz respeito à utilização de cláusulas de exclusividade por parte dos empregadores. Desse modo, aos empregados estaria vedada a celebração de outros contratos trabalhistas, mesmo que nos mesmos moldes flexíveis do contrato zero hora. A abusividade nessa hipótese se configura pelo fato da necessidade de chamada dos trabalhadores para prestação de serviços ser controlada pelos empregadores e, muitas vezes, os trabalhadores são requisitados por pouquíssimas horas ou passam muito tempo sem serem chamados.

Por conta da repetição dessa situação e da precariedade do emprego sob essas circunstâncias, o governo britânico, no Ato dos Pequenos Negócios, Empresas e Emprego, proibiu, em maio de 2015, a utilização de cláusulas de exclusividade em contratos zero hora. Assim, os termos ou cláusulas que visem o impedimento do trabalhador zero hora buscar outros empregos concomitantes ao emprego que já possui são inválidos, não devendo ser seguidos. O empregador tem a obrigação de permitir que o empregado busque outras fontes de renda se a ele não são oferecidas horas de trabalho suficientes.

Para reforçar a proteção do trabalhador, surgiu também a Regulação de Termos de Exclusividade em Contratos Zero Horas (The Exclusivity Terms in Zero Hours Contracts (Redress) Regulations 2015), datada de dezembro de 2015, com o intuito de proteger os trabalhadores contra retaliações pela quebra da exclusividade nos contratos zero hora. Assim, o trabalhador pode reclamar diante do tribunal caso sofra punição, despedida ou prejuízo causado pelo empregador em resposta ao não respeito de exclusividade no contrato zero hora.

No Brasil, a controvérsia a respeito das cláusulas de exclusividade ressurgiu a partir da Reforma Trabalhista de 2017. Acontece que o art. 452-A, §5º, do novo texto da CLT traz a previsão de que os trabalhadores podem prestar serviço para diferentes tomadores, vide: “§

5º O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes.”

De tal sorte, essa previsão pode ser interpretada, por parte da doutrina, como uma dificuldade à imposição de uma cláusula de exclusividade, pois, uma vez que a lei permite a liberdade para prestar serviço a mais de um tomador, o empregador não poderia limitá-la. Apesar disso, conclui-se que a proteção do direito do empregado de prestar serviço a vários contratantes não está suficientemente assegurada, pois a lei não proíbe expressamente o empregador de gerar uma cláusula de exclusividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito não é estanque, devendo sempre acompanhar as movimentações que acontecem na sociedade. Destarte, as mudanças recentes no mundo do trabalho requerem respostas do mundo jurídico. As novas relações de emprego devem ser abraçadas pelo direito a fim de que elas venham a se desenvolver garantindo a proteção do trabalhador e um pleno desenvolvimento econômico para o empregador e para todo o mercado do país.

Muitas vezes, é exigido que as mudanças no direito do trabalho aconteçam de maneira urgente. Entretanto, não se deve utilizar a necessidade de respostas céleres como justificativa para o descuido, visto que não é correta a supressão de estabilidade e segurança do trabalhador em prol do dinamismo do mercado. Dessa forma, não é sustentável a introdução do contrato intermitente no Direito do Trabalho brasileiro sem que existam garantias mínimas para a proteção do trabalhador.

A utilização do modelo de contrato zero hora em países da Europa é promovida como um argumento para a aceitação do contrato intermitente no Brasil e, especialmente, o uso desse modelo no Reino Unido é tido como positivo. Entretanto, como visto, existem problemas concretos vivenciados pelos trabalhadores britânicos vinculados a tal modelo, de modo que é necessário criticar a postura do ordenamento brasileiro em adotar o trabalho intermitente sem muito esforço no sentido de aproveitar a experiência obtida em outros sistemas jurídicos. Na verdade, foi criado um projeto omissivo, em muitos aspectos, que oferece um contrato pensado para o bem maior das empresas, e não tem como objetivo evitar a repetição no Brasil de problemas já vivenciados por outros países que adotaram modelos flexíveis de trabalho.

Nessa perspectiva, a proposta do Direito do Trabalho contemporâneo de tornar a relação de trabalho mais flexível é uma alternativa válida em resposta às crises econômicas do século XXI. Contudo, tal flexibilização deve ocorrer tendo em vista não apenas as vantagens financeiras para o empregador, mas também a proteção dos direitos trabalhistas do empregado. Desse modo, o Direito do Trabalho Brasileiro poderá adaptar-se eficientemente às oscilações econômicas sem abrir mão de décadas de avanço nas conquistas trabalhistas,

preservando a segurança jurídica e assegurando uma relação de emprego vantajosa para empregador e empregado.

REFERÊNCIAS

ADAMS, ABI ; FREEDLAND, MARK ; PRASSL, JEREMIAS. THE 'ZERO-HOURS CONTRACT': REGULATING CASUAL WORK, OR LEGITIMATING PRECARITY?. UNIVERSITY OF OXFORD LEGAL RESEARCH PAPER SERIES, 2015. DISPONÍVEL EM:

<[HTTPS://PAPERS.SSRN.COM/SOL3/PAPERS.CFM?ABSTRACT_ID=2507693](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2507693)> . ACESSO EM 19 DE OUT. DE 2018.

ALAKESON, VIDHYA. ZERO-HOURS CONTRACTS MUST BE A TWO-WAY STREET. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.RESOLUTIONFOUNDATION.ORG/MEDIA/BLOG/ZERO-HOURS-CONTRACTS-MUST-TWO-WAY-STREET/](http://www.resolutionfoundation.org/media/blog/zero-hours-contracts-must-two-way-street/)> . ACESSO EM 20 DE NOV. 2018

BRASIL. LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017. REFORMA TRABALHISTA, BRASÍLIA, DF, JUL 2017. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2017/LEI/L13467.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm)>. ACESSO EM: 26 DEZ. 2018.

_____. CÂMARA. AGÊNCIA CÂMARA NOTÍCIAS. PARLAMENTARES SINALIZAM APOIO À LEGALIZAÇÃO DO TRABALHO INTERMITENTE. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW2.CAMARA.LEG.BR/CAMARANOTICIAS/NOTICIAS/497799.HTML](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/497799.html). ACESSO EM: 20 DE NOV. 2018

DELGADO, MAURICIO GODINHO; DELGADO, GABRIELA NEVES. A REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL: COM OS COMENTÁRIOS À LEI N. 13.467/2017. SÃO PAULO: LTr, 2017.

JUNIOR, WILSON Mouro Rodrigues; SANTOS, Marcelo Costa dos; FERREIRA, Jorge Leandro Delconte. IMPACTO DA CRISE FINANCEIRA DE 2008/2009 NOS PRINCIPAIS BANCOS DE CAPITAL ABERTO NO BRASIL. [ANAI DO] V ENCONTRO DE PRODUÇÃO CIENTÍFICA E TECNOLÓGICA: 26 A 29 DE OUTUBRO DE 2010/FACULDADE ESTADUAL DE CIÊNCIAS E LETRAS DE CAMPO MOURÃO/NÚCLEO DE PESQUISA MULTIDISCIPLINAR. CAMPO MOURÃO: FECILCAM/NUPEM, 2010. (ORG. ALESSANDRA AUGUSTA PEREIRA DA SILVA). DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.FECILCAM.BR/NUPEM/ANAI_S_V_EPCT/PDF/CIENCIAS_SOCIAIS/12_JUNIOR_SANTOS_FERREIRA.PDF](http://www.fecilcam.br/nupeM/anais_v_epct/pdf/ciencias_sociais/12_junior_santos_ferreira.pdf). ACESSO EM: 27 DE NOV. DE 2018.

O'SULLIVAN, MICHELLE; TURNER, TOM; MCMAHON, JULIET; RYAN, LORRAINE; LAVELLE, JONATHAN ; MURPHY, CAROLINE; O'BRIEN, MIKE; GUNNIGLE, PATRICK. A STUDY ON THE PREVALENCE OF ZERO HOURS CONTRACTS AMONG IRISH EMPLOYERS AND THEIR IMPACT ON EMPLOYEES. DISPONÍVEL EM:

[HTTPS://WWW.DJEI.IE/EN/PUBLICATIONS/PUBLICATION-FILES/STUDY-ON-THE-
PREVALENCE-OF-ZERO-HOURS-CONTRACTS.PDF](https://www.djei.ie/en/publications/publication-files/study-on-the-prevalence-of-zero-hours-contracts.pdf). ACESSO EM: 19 DE OUT. DE 2018.

THE UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND. THE EXCLUSIVITY TERMS IN ZERO HOURS CONTRACTS (REDRESS) REGULATIONS 2015. DISPONÍVEL EM:

[HTTP://WWW.LEGISLATION.GOV.UK/UKSI/2015/2021/PDFS/UKSI_20152021_EN.PDF](http://www.legislation.gov.uk/ukSI/2015/2021/pdfs/ukSI_20152021_en.pdf). ACESSO EM: 20 DE NOV. 2018

_____. DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY. ZERO HOUR CONTRACTS: GUIDANCE FOR EMPLOYERS. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.GOV.UK/GOVERNMENT/PUBLICATIONS/ZERO-HOURS-CONTRACTS-GUIDANCE-FOR-EMPLOYERS/ZERO-HOURS-CONTRACTS-GUIDANCE-FOR-EMPLOYERS#EXCLUSIVITY-CLAUSES](https://www.gov.uk/government/publications/zero-hours-contracts-guidance-for-employers/zero-hours-contracts-guidance-for-employers#exclusivity-clauses). ACESSO EM: 20 DE NOV. 2018

_____. OFFICE FOR NATIONAL STATISTICS. CONTRACTS THAT DO NOT GUARANTEE A MINIMUM NUMBER OF HOURS: SEPTEMBER 2016. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.ONS.GOV.UK/EMPLOYMENTANDLABOURMARKET/PEOPLEINWORK/EARNINGSAN
DWORKINGHOURS/ARTICLES/CONTRACTSTHATDONOTGUARANTEEMINIMUMNUMBEROFHOUR
S/SEPTEMBER2016](https://www.ons.gov.uk/employmentandlabourmarket/peopleinwork/earningsandworkinghours/articles/contractsthatdonotguaranteeaminimumnumberofhours/september2016). . ACESSO EM: 20 DE NOV. 2018.

_____. PARLIAMENT. ZERO HOURS CONTRACTS BILL (HC BILL 79). DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PUBLICATIONS.PARLIAMENT.UK/PA/BILLS/CBILL/2013-2014/0079/CBILL_2013-
20140079_EN_2.HTM#L1G1](http://www.publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/2013-2014/0079/cbill_2013-20140079_en_2.htm#L1G1). ACESSO EM 20 DE NOV. 2018.

TOMLINSON, DANIEL. ZERO-HOURS CONTRACTS: CASUAL CONTRACTS ARE BECOMING A PERMANENT FEATURE OF THE UK ECONOMY, 2016. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.RESOLUTIONFOUNDATION.ORG/MEDIA/BLOG/ZERO-HOURS-CONTRACTS-](http://www.resolutionfoundation.org/media/blog/zero-hours-contracts-)

CASUAL-CONTRACTS-ARE-BECOMING-A-PERMANENT-FEATURE-OF-THE-UK-ECONOMY/.
ACESSO EM: 30 DE NOV. 2018.

SEÇÃO 5:
**0 ANOS DA CONSTITUIÇÃO, TRIBUTAÇÃO E ORDEM SOCIAL: O
QUE MUDOU?**

**A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO LIMITAÇÃO AO PODER
DE TRIBUTAR**

Felipe de Alcântara Queiroz (Direito/FADIC)¹²¹

Resumo: A pesquisa tem o objetivo de entender o destaque concedido ao princípio da dignidade da pessoa humana com o advento da nova ordem social introduzida pela Constituição de 1988 e de que forma esse princípio limita o poder de tributar. A ligação entre a existência digna e a economia é tão profunda que a Carta Magna de 1934 já tratava dela no artigo 115, que inaugurou o título da ordem econômica e social. Ingo Sarlet ensina que a Constituição Brasileira de 1934 se situa entre as poucas que expressamente fizeram referência à dignidade humana antes dos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial. O efetivo respeito à dignidade da pessoa humana impõe não apenas um não-agir estatal, mas também a possibilidade de se obter um mínimo existencial. Contudo, a todo direito fundamental corresponde um dever fundamental. Conforme lição de José Casalta Nabais, todos os direitos possuem custos comunitários. Um Estado sem recursos fica impossibilitado de garantir os direitos individuais e coletivos. Assim, a tributação, como meio de se obter tais recursos, deve obediência aos direitos humanos do contribuinte. Nas palavras de Ricardo Lobo Torres, “o poder de tributar nasce no espaço aberto pelos direitos humanos e por eles é totalmente limitado. O Estado exerce o seu poder tributário sob a permanente limitação dos direitos fundamentais e de suas garantias constitucionais”. Diante do exposto, conclui-se que os tributos fazem parte do pacto social celebrado com a inauguração de uma ordem constitucional, na medida em que estes são os meios pelos quais o Estado poderá efetivar o seu papel intervencionista como Estado Social, bem como o papel garantidor das liberdades individuais. A respeito disso, Marcelo Guerra Martins diz que a dignidade material do cidadão se dá com o respeito à sua propriedade, visto que quanto mais o indivíduo é destituído do seu

¹²¹ Graduando em Direito na Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC).
E-mail: felipe.de.a.queiroz@gmail.com

patrimônio, menos ele poderá decidir os rumos de sua própria vida e mais dependerá da caridade alheia ou da ação estatal.

Palavras-chave: Ordem econômica. Dignidade da pessoa humana. Limitação ao poder de tributar.

Abstract: The research aims to understand the emphasis given to the principle of the dignity of the human person with the advent of the new social order introduced by the Constitution of 1988 and how this principle limits the power to tax. The link between dignified existence and the economy is so profound that the Magna Carta de 1934 already dealt with it in its Article 115, which inaugurated the title of the Economic and social order. Ingo Sarlet teaches that the Brazilian Constitution of 1934 is among the few that have expressly made reference to human dignity before the events of World War II. The effective respect for the dignity of the human person imposes not only a governmental non-action, but also the possibility of obtaining an existential minimum. However, all fundamental rights correspond to a fundamental duty. According to José Casalta Nabais' lesson, all rights have community costs. A State without resources is unable to guarantee individual and collective rights. Thus, taxation, as a means of obtaining such resources, must obey the human rights of the taxpayer. In the words of Ricardo Lobo Torres, "the power to tax is born in the open space for human rights and by them is totally limited. The State exercises its tax power under the permanent limitation of fundamental rights and its constitutional guarantees. " In view of the above, it is concluded that the tributes are part of the social pact celebrated with the inauguration of a constitutional order, insofar as these are the means by which the State can carry out its interventional role as a social state, as well as the role Guarantee of individual freedoms. Regarding this, Marcelo Guerra Martins says that the material dignity of the citizen is due to respect for his property, since the more the individual is deprived of his estate, the less he can decide the directions of his own life and more will depend on the charity or state action.

Keywords: Economic order. Dignity of the human person. Constitutional limit to the power of taxation.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar o princípio da dignidade da pessoa humana como limitação ao poder de tributar, tendo como ponto de partida a sua importância consagrada pela Constituição de 1988.

O Digesto de Ulpiano elenca entre os preceitos do direito o “dar a cada um o que é seu” (*Suum Cuique Tribuere*). O conceito de justiça está, portanto, fortemente vinculada ao conteúdo ético que significa o que pertence a cada um. As diferentes acepções sobre o que cabe a cada um ao passar do tempo não alteram o caráter de verdade das palavras de Ulpiano.

Atualmente, cabe ao Estado parte da tarefa de promover a justiça através da realização do brocardo. Mas, para tanto, é necessário que se efetive a redistribuição a fim de que se reduza as desigualdades¹²². Essa redistribuição pode se dar de diversas formas: aumentar os gastos públicos com os mais pobres, implementar incentivos fiscais, promover uma tributação justa, entre outras. Mas, ao se desenvolver o caminho da tributação, o Estado moderno se vê limitado por dispositivos constitucionais que visam proteger as liberdades individuais do cidadão.

A problemática deste artigo está em como harmonizar o dever de pagar tributos instituído pelo pacto social, onde o cidadão cede uma parcela de sua liberdade ao Estado, com os limites impostos ao Estado pela Constituição, sobretudo com o advento do neoconstitucionalismo e em especial pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que não permite a negativa a uma existência digna sob o pretexto do interesse coletivo.

Neste trabalho foi utilizado o método dedutivo e exploratório, com pesquisas em material bibliográfico. Inicia-se estudando a importância dos princípios na Constituição Brasileira de 1988, com foco no neoconstitucionalismo e sua superação do positivismo através do retorno da moral ao direito. Em seguida, parte-se para a análise em especial do princípio da dignidade humana, seu contexto histórico e como ele foi alçado ao centro normativo da Constituição, verdadeiro instrumento de interpretação valorativa dos direitos fundamentais. Após, verifica-se a ligação entre o mínimo existencial e o princípio da capacidade contributiva.

Em um segundo momento, será visto como os direitos fundamentais se harmonizam com o dever de pagar tributos, partindo-se da ideia de que nenhum direito fundamental é ilimitado e que ordem jurídica constitucional celebra um pacto social na qual os cidadãos se comprometem a financiar os gastos públicos através do recolhimento de tributos, indispensáveis, portanto, para o funcionamento do Estado Social. Desse dever, decorre a reflexão sobre como a dignidade da pessoa humana se relaciona com a capacidade contributiva e a proteção ao patrimônio concomitantemente.

1. A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O constitucionalismo moderno tem em suas raízes a proteção dos direitos individuais de liberdade a partir da imposição de limites ao poder do Rei, que personificava o Estado. Nesse contexto, ao se aprofundar o estudo das liberdades individuais, sobretudo no ressignificado

122 Quanto à função estatal de promover a redistribuição de renda, ver Musgrave (1959, pp. 1-15).

que o pós-segunda guerra mundial proporciona, torna-se necessário entender a força normativa que os princípios passaram a ter com o neoconstitucionalismo.

Luis Prieto Sanchis (2005, pp. 81-112) vê o neoconstitucionalismo como ideologia do que deveria ser o direito, podendo ser resumido nas seguintes palavras:

*Mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção, onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, no lugar de espaços isentos a favor da opção legislativa ou regulamentar; onipotência judicial no lugar da autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios, no lugar de uma homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, de sucessivas opções legislativas.*¹²³

As transformações sociais que marcaram o mundo na segunda metade do século XX, e principalmente no Brasil durante a redemocratização, fizeram com que a Constituição de 1988 tivesse um enfoque maior nas garantias individuais dos cidadãos que desejavam o efetivo respeito aos direitos humanos.

Estando a Constituição no topo do ordenamento jurídico e tendo esta ganhado força normativa com o neoconstitucionalismo, um estudo mais aprofundado dos princípios é necessário para entender como eles influenciam a interpretação das normas tributárias. Na visão de Miguel Reale (2003, p. 303), princípios são “verdades fundantes de um sistema de conhecimento”. Os princípios se mostram como verdadeiros instrumentos dos cidadãos, servindo de alicerce para a estrutura jurídica de um Estado. Mais do que meros condutores do raciocínio jurídico, os princípios possuem eficácia e, portanto, poder coercitivo. Nesse sentido, José Afonso da Silva (2008, pp. 80-81) ensina:

¹²³ Tradução do autor. No original se lê: *Más principios que reglas; más ponderación que subsunción, omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.*

Não há norma constitucional de valor meramente moral ou de conselho, avisos ou lições. Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos.

2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No Brasil, conforme lição de Ingo Sarlet (2017, p. 265), a dignidade da pessoa humana já estava presente desde a Constituição de 1934, sendo o Brasil uma das poucas nações que a prestigiaram antes dos terríveis acontecimentos da Segunda Guerra Mundial. Não obstante, o direito à existência digna protegida pela Carta Magna de 1934¹²⁴ pretendia proteger o indivíduo não do ímpeto arrecadatório do Estado, mas das perversidades do liberalismo econômico sem limites, sob clara inspiração da Constituição de Weimar. Com a promulgação da Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana foi alçada ao status de fundamento da república e valor supremo do ordenamento jurídico nacional. Ao fazer isso, o constituinte deixou clara sua intenção de reconhecer o ser humano como centro do direito.

A ideia de dignidade do ser humano não é recente. Na Antiguidade ela já existia, mas sem estar relacionada com a igualdade entre os indivíduos. Isto porque a posição social do cidadão era o que determinava o quão digno ele era aos olhos da sociedade. Nas palavras de Antonio Pelè:

De fato, na antiguidade, na idade média, no renascimento etc, o valor do indivíduo deriva de sua filiação, origem, posição social, ou outras posições políticas. Em suma, os indivíduos nasceram com dignidades distintas e desiguais. O indivíduo poderia sentir e identificar seu valor e excelência por pertencer a uma elite com quem ele compartilhou os traços sociais, políticos e econômicos¹²⁵.

Do que se trata o princípio da dignidade da pessoa humana? Ainda que a palavra “*dignidade*” comporte vários significados, todos eles convergem para a valorização da condição inerentemente humana, voltando o olhar para uma concepção jusnaturalista do tema. Flávia Piovesan (2011, p. 92) resume assim a importância desse superprincípio:

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro superprincípio a orientar o Direito Internacional e o Interno.

¹²⁴ Artigo 115 da Constituição de 1934: A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

¹²⁵ Tradução do autor. No original se lê: En efecto, tanto en la Antigüedad, la Edad-Media, el Renacimiento, etcétera el valor del individuo derivaba de su filiación, origen, posición social, u otros cargos políticos. En resumen, los individuos nacían con dignidades distintas y desiguales. El individuo podía sentir e identificar su valor y excelencia por la pertenencia a una élite con la cual compartía los rasgos sociales, políticos y económicos.

Conceito intimamente relacionado ao da dignidade humana é a noção de mínimo existencial. No plano internacional, o artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos atribui a todo ser humano o direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar. Sendo assim, os direitos advindos da dignidade da pessoa humana podem ser oponíveis independentemente de previsão legal, sendo possível a sua tutela pela comunidade internacional.

Sob a perspectiva tributária, esse direito protege o cidadão da interferência dos tributos na esfera mínima de existência. Isto é, o respeito ao mínimo existencial como aspecto da dignidade humana, por se tratar de um direito de liberdade, impõe uma omissão estatal, apesar de seu conteúdo também implicar na prestação dos direitos sociais constitucionalmente previstos.

3. O MÍNIMO EXISTENCIAL E O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Luciano Amaro (1999, pp. 16-17) leciona a etimologia da palavra tributo, sendo esta derivada do latim *tributum*, cuja forma verbal *tribuere* tem o significado de repartir entre as tribos, conforme as exigências do Estado. Inicialmente essa exigência decorria da vontade do soberano, mas atualmente ela advém do comando da lei, como expressão do Estado de Direito. Assim, o contribuinte é aquele que *contribui* com o Estado, prestando-lhe um tributo. O pagamento do tributo, com a distribuição de encargos de modo proporcional, se dá mediante a observância do princípio da capacidade contributiva, caracterizando, segundo Tomás de Aquino (2005, p. 74), o próprio conceito de justiça (*Iustitia est quae unicuique quod suum est tribuit*). Esse princípio já era previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde a primeira Constituição¹²⁶.

Segundo Alexandre Oliveira e Antônio Borges (2016, p. 186), o princípio da capacidade contributiva pode ser dividido nas vertentes objetiva e subjetiva. Enquanto que aquela volta-se para um fato que constitua manifestação de riqueza e que constitua fundamento jurídico da exação, a segunda serve como critério de graduação para o grau de aptidão para o custeio das despesas públicas através da tributação.

Ricardo Lobo Torres (1995, p. 138) faz a ligação entre ambos os princípios ao entender que “a capacidade contributiva começa além do mínimo necessário à existência humana digna e termina além do limite destruidor da propriedade”.

4. O DEVER DE PAGAR IMPOSTOS FRENTE AOS DIREITOS HUMANOS

Casalta Nabais entende que o dever de pagar tributos é uma categoria autônoma em relação aos direitos fundamentais. Isto é, pagar tributos configura um dever independentemente de

¹²⁶ Artigo 179, inciso XV da Constituição de 1984: Ninguém será exento de contribuir para as despesas do Estado em proporção dos seus haveres

se ter o direito fundamental ou não. Não obstante, é de se imaginar que tais categorias, apesar de autônomas, estão correlacionadas. Nabais ensina que o dever fundamental reside no pagamento de impostos, entendendo que o mesmo não se aplica ao gênero tributo, no qual estão também as taxas. Assumindo-se que pagar impostos configura-se como um dever em um Estado Constitucional, temos que esse dever deriva não da lei - uma vez que o CTN foi recepcionado com status de lei complementar - mas da própria Constituição.

Conforme visto anteriormente, o princípio constitucional da dignidade humana independe de previsão legal para ter aplicabilidade. O mesmo, no entanto, não se pode falar do dever de pagar tributos, de acordo com o texto constitucional¹²⁷. Desse modo, os direitos fundamentais receberam tratamento diferenciado pela Constituição em relação aos deveres fundamentais. Esse tratamento não implica dizer que os direitos fundamentais possuem mais força que os deveres. Nesse sentido, Nabais (2005, p. 21) sustenta que: “Os direitos, todos os direitos, porque não são uma dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são autorrealizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido e incapacitado, implicam a cooperação social e individual.”

Na medida em que os tributos fazem parte dos deveres fundamentais decorrentes do Estado de Direito, eles estão aptos a limitarem a eficácia dos direitos fundamentais da liberdade e da propriedade. Ora, se o tributo é uma prestação pecuniária compulsória, ao contribuinte é negado o direito de usar livremente parte do seu patrimônio. Conforme o entendimento de Marcelo Guerra Martins (2011, p. 158), a dignidade material do cidadão se dá com o respeito à sua propriedade, visto que quanto mais o indivíduo é destituído do seu patrimônio, menos ele poderá decidir os rumos de sua própria vida e mais dependerá da caridade alheia ou da ação estatal. Como conciliar a tributação com a limitação a ela imposta pela dignidade humana? No entendimento de Ricardo Lobo Torres, os direitos fundamentais limitam o poder de tributar e não o contrário. Segundo o renomado autor (1991, p. 127),

O poder tributário, pela sua extrema contundência e pela aptidão para destruir a liberdade e a propriedade, surge limitadamente no espaço deixado pela autolimitação da liberdade e pelo consentimento no pacto constitucional. Em outras palavras, o tributo não limita a liberdade nem se autolimita, senão que pela liberdade é limitado, tendo em vista que apenas a representação e o consentimento lhe legitimam a imposição.

Ainda sobre o tema, Torres (1995, p. 13) leciona: “O poder de tributar nasce no espaço aberto pelos direitos humanos e por eles é totalmente limitado. O Estado exerce o seu poder

¹²⁷ Artigo 5º, inciso II da Constituição de 1988: Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei

tributário sob a permanente limitação dos direitos fundamentais e de suas garantias constitucionais”.

Assim, aplicando-se a teoria do limite dos limites (*Schranken-Schranken*), os direitos fundamentais, em especial o direito à dignidade humana, correspondem ao núcleo duro e, portanto, insuscetível de qualquer intervenção estatal¹²⁸. No âmbito das limitações impostas à tributação pelos direitos fundamentais, destaca-se o princípio da vedação ao confisco, consubstanciado na Constituição Federal¹²⁹ e cuja extensão, segundo o entendimento do STF (2002), abrange a totalidade da carga tributária a ser suportada pelo contribuinte, conforme se depreende do julgado a seguir:

A TRIBUTAÇÃO CONFISCATÓRIA É VEDADA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende cabível, em sede de controle normativo abstrato, a possibilidade de a Corte examinar se determinado tributo ofende, ou não, o princípio constitucional da não-confiscatoriedade consagrado no art. 150, IV, da Constituição. Precedente: ADI 1.075-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (o Relator ficou vencido, no precedente mencionado, por entender que o exame do efeito confiscatório do tributo depende da apreciação individual de cada caso concreto). - A proibição constitucional do confisco em matéria tributária nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação, por exemplo). A identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte - considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) - para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído (a União Federal, no caso), condicionando-se, ainda, a aferição do grau de insuportabilidade econômico-financeira, à observância, pelo legislador, de padrões de razoabilidade destinados a neutralizar excessos de ordem fiscal eventualmente praticados pelo Poder Público. Resulta configurado o caráter confiscatório de determinado tributo, sempre que o efeito cumulativo - resultante das múltiplas incidências tributárias estabelecidas pela mesma entidade estatal - afetar, substancialmente, de maneira irrazoável, o patrimônio e/ou os rendimentos do contribuinte. - O Poder Público, especialmente em sede de tributação (as contribuições de seguridade social revestem-se de caráter tributário), não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

¹²⁸ Para maiores informações acerca da teoria do limite dos limites, ver MENDES (2009, p. 211)

¹²⁹ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

O presente artigo demonstrou que a tributação tem o efetivo poder de reduzir as desigualdades através da redistribuição de renda e dos investimentos públicos que promovam melhorias sociais. Ela não se encerra no mero financiamento das atividades estatais. Sendo assim, a tributação deve ser encarada como meio de concretização da dignidade humana.

No Estado Democrático de Direito inaugurado com a Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana é alçada a um patamar de superprincípio, pautando a interpretação de todo o ordenamento. Embora a própria Lei Maior contemple limitações ao poder de tributar, a dignidade da pessoa humana também é capaz de impor novos limites. Tal princípio tem duas vertentes: uma que demanda um agir governamental e outro que protege o cidadão de qualquer intervenção estatal, constituindo verdadeiro direito de liberdade.

No seu aspecto de direito negativo, a dignidade da pessoa humana limita o campo de ação da tributação, ainda que esta seja um exercício da soberania estatal. Esse princípio tem uma importância tamanha que a limitação ao poder de tributar por ele imposta não é passível de limitação, visto que se trata de conteúdo de um núcleo duro de direitos, legitimado pelo constituinte e reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, ainda que o contribuinte tenha a capacidade de ser tributado e que o interesse público assim esteja alinhado, o limite da tributação é alcançado quando ele se configura como um confisco. Esse patamar é verificado quando se atinge o mínimo existencial (nas pessoas naturais) ou o mínimo operacional (nas pessoas jurídicas). Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, em sua vertente negativa, tem o condão de proteger o patrimônio dos cidadãos enquanto que, na sua vertente positiva, legitima a aplicação do princípio da capacidade contributiva.

REFERÊNCIAS

AMARO, LUCIANO. DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO. SÃO PAULO: SARAIVA, 1999.

AQUINO, TOMÁS DE. SUMA TEOLÓGICA VI. SÃO PAULO: EDIÇÕES LOYOLA, 2005.

BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; MENDES, GILMAR FERREIRA. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. SÃO PAULO: SARAIVA, V. 2, 2009.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL. RIO DE JANEIRO, 1824.
DISPONÍVEL EM:
[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/CONSTITUICAO24.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). ACESSO EM: 14 NOV. 2018.

_____. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. RIO DE JANEIRO, 1934.
DISPONÍVEL EM:
[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/CONSTITUICAO34.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). ACESSO EM: 04 NOV. 2018.

_____. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. BRASÍLIA, 1988.
DISPONÍVEL EM:
[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/CONSTITUICAO.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). ACESSO EM: 14 NOV. 2018.

DE OLIVEIRA, ALEXANDRE MACHADO; DE MOURA BORGES, ANTÔNIO. LIMITAÇÕES AO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA: MÍNIMO EXISTENCIAL E CONFISCO. CONPEDI LAW REVIEW, V. 2, N. 4, P. 180-200, 2016.

MARTINS, MARCELO GUERRA. TRIBUTAÇÃO, PROPRIEDADE E IGUALDADE FISCAL. RIO DE JANEIRO: CAMPUS, 2011.

MUSGRAVE, RICHARD A. THE THEORY OF PUBLIC FINANCE. NEW YORK: MCGRAW-HILL, 1959.

NABAIS, JOSÉ CASALTA. A FACE OCULTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: OS DEVERES E OS CUSTOS DOS DIREITOS. REVISTA DIREITO MACKENZIE, V. 3, N. 2, 2015.

_____. POR UM ESTADO FISCAL SUPORTÁVEL. IN: ESTUDOS DE DIREITO FISCAL. COIMBRA: AL- MEDINA, 2005.

PELÈ, ANTONIO, UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DIGNIDAD HUMANA, DISPONÍVEL EM: [HTTP://UNIVERSITAS.IDHBC.ES/N01/01_03PELE.PDF](http://universitas.idhbc.es/n01/01_03PELE.PDF). ACESSO EM: 03 NOV. 2018.

PIOVESAN, FLÁVIA. DIREITOS HUMANOS E O DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL. ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 12 ED, 2011.

REALE, MIGUEL. LIÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO. 27. ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2003.

SANCHIS, LUIS PRIETO. NEOCONSTITUCIONALISMO Y PONDERACIÓN JUDICIAL. IN: FILOSOFÍA JURÍDICA Y SIGLO XXI: OCHO PANORAMAS TEMÁTICOS. SERVICIO DE PUBLICACIONES, 2005.

SARLET, INGO; MARINONI, LUIZ GUILHERME; MITIDIERO, DANIEL. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. SÃO PAULO: SARAIVA, 2017

SILVA, JOSÉ AFONSO DA. APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. 7. ED. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2008.

STF. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ADI-MC 2010 / DF. RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO. DJ: 12/04/2002

TORRES, RICARDO LOBO. OS DIREITOS HUMANOS E A TRIBUTAÇÃO: IMUNIDADES E ISONOMIA. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 1995.

_____. A IDEIA DE LIBERDADE NO ESTADO PATRIMONIAL E NO ESTADO FISCAL. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 1991.

A DÉCADA INCLUSIVA: DESIGUALDADE, POBREZA E POLÍTICAS DE RENDA

Ana Neide Leite (Mestrado/Faculdade Damas da Instrução Cristã) 130

Ozias Costa dos Santos (Mestrado/Faculdade Damas da Instrução Cristã) 131

ORIENTADORA: Prof^a. Dra. Bruna Estima Borba

Resumo: Objetiva este artigo mostrar que a desigualdade brasileira está entre as doze mais altas do mundo e que no período compreendido entre 2001 e 2011 (considerada a década inclusiva) ela estava no nível mais baixo das nossas séries históricas. A China e a Índia que abrigam metade dos pobres do mundo apresentaram crescimento econômico animador no mesmo período considerado e isso contribuiu para uma queda inédita da desigualdade mundial no último século. Diante de um cenário alentador no começo do século XXI existiam muitos paradoxos para serem resolvidos. O ponto de partida do estudo é a função bem-estar social que embora de conteúdo coletivo considera o bem-estar individual de cada membro da sociedade tomando como indicador a renda per capita. A função bem-estar social sintetiza num único número o bem-estar geral da nação. Nesse cenário em que se procura quantificar a desigualdade e pobreza nacionais serão considerados outros indicadores como os benefícios decorrentes dos programas de transferência de rendas para a classe social mais pobre. Apesar de ser o PIB *per capita* um indicativo de bem-estar social mais utilizado para demonstrar o desenvolvimento do país de acordo com o seu volume de riquezas não se presta a auferir a desigualdade interna, preocupa-se em demonstrar a soma das riquezas produzidas.

Palavras-chave: Desigualdade. Pobreza. Renda. Políticas públicas.

Abstract: Objective of this article shows that Brazilian inequality is among the highest in the world and was not included between 2001 and 2011 (it was a decade included) and was at the lowest value of our historical series. China and India, which account for half of the world's worst, are based on the world economy last year and this has contributed to a drop-in world inequality in the last century. Faced with an encouraging scenario at the beginning of the

¹³⁰ Bacharela em Ciências Econômicas e em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade Maurício de Nassau e em Direito Privado pela Faculdade Boa Viagem – FBV/DeVry, Analista Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, Mestranda em Historicidade dos Direitos Fundamentais na Faculdade Damas da Instrução Cristã. E-mail: analeite10@yahoo.com.br

¹³¹ Graduado em ciências jurídicas/Direito pela Faculdade Osman da Costa Lins - FACOL, onde leciona desde 2015; especialista em direito civil e direito processual civil pela Escola Superior de Magistratura de Pernambuco/ESMAPE e mestrando em direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã / Recife - PE. E-mail: oziascosta.adv@gmail.com

twenty-first century, there were many paradoxes to be solved. The starting point of the study is a social function that allows the content to be evaluated per capita. The social function is tuned into a unique number of welfare of the nation. The scenario in which inequality and the participation deficit can be quantified is

another scenario that includes the drivers of income transfer programs for a poorer social class. Although per capita GDP is an indicator of social welfare more used to demonstrate the development of the country according to its income volume does not lend itself to an internal difference, it is concerned to show a sum of the wealth produced.

Keywords: Inequality; Poverty; Income; Public policy

INTRODUÇÃO

O presente artigo presta-se a analisar sob o ponto de vista econômico a situação do Estado brasileiro no período compreendido entre 2001 e 2011 que ficou conhecido como década inclusiva. O principal elemento que justificou a denominação para o decênio considerado foi a redução da desigualdade social, ou seja, observou-se uma relativa melhora nas condições de vida do segmento mais pobre da sociedade em relação ao segmento mais rico, tudo comparado ao comportamento apresentado pelas mesmas categorias em décadas anteriores. Até 2002, último ano do Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso o País já havia vencido o problema da hiperinflação e implementado o plano real, que dentro do cenário macroeconômico então vigente apontava para a estabilização da economia que já passara por outras tentativas frustradas desde o início da redemocratização em 1985 no Governo Tancredo Neves / José Sarney.

O ano de 2003, corresponde ao primeiro ano do Governo Lula (Luís Inácio Lula da Silva) que após 3 tentativas: 1989, 1994 e 1998 conseguiu vencer as eleições e eleger-se Presidente da República. A partir de 2003 com um cenário econômico já apresentando sinais de melhora, pelo menos com a moeda estabilizada, fruto do esforço do plano real do governo anterior, o então Presidente eleito passou a desenvolver o seu plano de governo dedicando uma boa parte de sua atenção às classes menos favorecidas com o intuito de pôr em prática um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: reduzir a pobreza e a marginalização.

À parte o fenômeno populista que tomou conta do governo Lula, durante o cenário da década inclusiva 2001/2011, ao longo desse trabalho procuraremos demonstrar como foi possível reduzir o nível de desigualdade social no Brasil no período considerado e quais medidas e instrumentos foram utilizados para que tal mister fosse alcançado.

1. A TRANSIÇÃO POLÍTICO-ECONÔMICA DOS GOVERNOS MILITARES PARA OS GOVERNOS CIVIS – A RESTAURAÇÃO DA ESTRUTURA ECONÔMICA.

A década de 90 pode ser vista como o grande alicerce para a década inclusiva, entretanto, é importante considerar quais fatores contribuíram para que o Brasil aproveitasse um cenário de crise econômica internacional na década de 90 e conseguisse fincar novas bases desenvolvimentistas que conduzissem a resultados favoráveis, dentre eles, a redução da desigualdade social. Durante a ditadura militar foram tomadas medidas de cunho estruturador como a busca do crescimento econômico, uma diminuição do papel do setor público e o estímulo a um maior crescimento do setor privado. Também, foram concedidos incentivos à expansão do comércio exterior e a uma elevada prioridade para o aumento da oferta de emprego e outros objetivos sociais, mesmo assim, tais medidas não foram suficientes para conter a inflação remanescente. Com o fim do “milagre econômico” dos governos militares que durou de 1967 a 1973 em que o Brasil experimentou taxas de crescimento bastante elevadas sem precedentes na história e internacionalmente o mundo passava por uma conjuntura econômica favorável, relatórios do IPEA (Instituto de Política Econômica Aplicada) apontavam para os dois problemas básicos da economia brasileira: a debilitação do setor privado e a pressão excessiva exercida pelo setor público, e propunha linhas de ação e o uso de instrumentos específicos para corrigir as distorções da economia. Várias medidas foram tomadas cabendo destacar o primeiro Plano Nacional de Desenvolvimento (PND) para 1972-1974, que estabelecia metas por setores de atividade econômica. Desde 1967 foi dado um maior estímulo à demanda, através de políticas monetária, creditícia e fiscal mais flexíveis, que se tornariam nos anos seguintes gradualmente expansionistas, como no que se refere ao crédito ao consumidor e à agricultura. A concessão de isenções fiscais e de juros favorecidos ao setor agrícola, além de um volume maior de crédito destinado ao setor tinha entre outros objetivos o de assegurar uma oferta adequada de alimentos (cujo impacto sobre os índices de inflação era significativo), estimular as exportações de produtos primários, corrigir desequilíbrios regionais e reduzir o êxodo rural. Foi um período de grandes investimentos destinando significativa quantidade recursos para a construção e aquisição de moradias através do Sistema Financeiro de Habitação (SFH). Criaram-se subsídios adicionais, facilidades creditícias e reduziram-se os entraves burocráticos para aumentar as exportações e diversificar mercados especialmente de produtos manufaturados, que também foram muito beneficiados pela adoção do regime de minidesvalorizações cambiais a partir de 1968. Criava-se assim, um clima favorável para o investimento estrangeiro e para um acesso mais fácil do país a empréstimos externos. Nesse contexto, as contas públicas pareciam equilibradas e o governo não hesitou em lançar mão de um amplo esquema de subsídios e incentivos fiscais para promover setores e regiões específicas e que passaram a fazer parte da política industrial do governo. Coube ao BNDE - Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (ainda não

era social) manter o seu importante papel de financiador de investimentos do setor público, que passou, também, a conceder empréstimos ao setor privado em proporções consideráveis. Mesmo tendo passado pela crise das Bolsas de valores em 1971 e pelos seguidos anos de estagnação de 1968 a 1973 o país conseguia superar todas as metas de crescimento estabelecidas nos programas de governo, embora não conseguisse segurar a inflação que, de aparentemente contida em determinados períodos, a partir de 1973 já estava em ascensão e causando bastante preocupação. A opção do tabelamento de preço como medida para contenção da inflação agravou-se com o primeiro choque do petróleo. A partir de 1967 o governo vigente valendo-se das reformas administrativa e tributária do governo anterior buscou manter uma política de aumento de eficiência da máquina governamental, com uma arrecadação crescente e uma redução relativa dos gastos de custeio visando a redução do déficit público, que foi no geral bem-sucedida. A carga tributária cresceu no período 1967-1973. A média da carga tributária bruta teria alcançado 22,4% do PIB em 1965-1969 e os subsídios e transferências teriam totalizado, em média, respectivamente 7,1% e 8,1% do PIB, resultando uma carga líquida de 15,3% no período. De 1970 a 1973, com base nos dados revistos das contas nacionais, a receita tributária bruta foi, em média, cerca de 26% do PIB, enquanto a carga líquida, descontados subsídio e transferências oscilou entre 16,8% e 17,2% e as despesas correntes do governo foram reduzidas de 8,3% do PIB em 1970 para 7,4% em 1973 acompanhada de uma redução das despesas com pessoal do governo federal da ordem de 24,6% da despesa total em 1967 para 18% em 1973. No aspecto pertinente aos resultados sociais ou qualitativos da política econômica adotada no período 1967-1973, chega-se à conclusão que o nível de emprego, a trajetória do salário real e a evolução da distribuição da renda tiveram uma evolução desfavorável, apontando para um baixo desenvolvimento social. De 1960 até 1972 observou-se uma elevada concentração da renda nas mãos dos 5% mais ricos em detrimento dos 50% mais pobres, que tiveram seus rendimentos reduzidos de 17,4% do rendimento total da PEA – População Economicamente Ativa em 1960, para pouco mais de 14,9% do total em 1970 e caindo mais de três pontos percentuais - 11,3% em 1972. A redemocratização brasileira recebeu o país em situação bastante complexa, pois, se por um lado contabilizava resultados positivos como o crescimento econômico, por outro, amargava com o problema do desemprego, o custo da dívida externa, a concentração de renda no poder de uma pequena parcela da população e taxas de inflação altíssimas. No fim do último governo militar, a inflação anual superava os 200%. No primeiro governo depois da redemocratização do país, o governo Sarney, em 1985 a inflação explode e o Brasil tem sua experiência de hiperinflação que continua no governo Collor. Houve várias tentativas de estabilização, com planos mal concebidos e sucedidos - planos Cruzado, Bresser, Verão e Collor, nenhum deles obteve êxito.

2. OS ANOS 90: AS TENTATIVAS FRUSTRADAS DA ESTABILIZAÇÃO DA INFLAÇÃO, O CRESCIMENTO ECONÔMICO E A REDISTRIBUIÇÃO DA RENDA.

Alguns estudiosos arriscam afirmar que comparada à década de 80 em termos de crescimento econômico a década de 90 foi uma década perdida, pois, o PIB apresentou um pífio crescimento de 1,72% enquanto a inflação alcançava a casa dos 278% ao ano e a taxa de desemprego girava em torno de 5,7%. Por outro lado, foi nessa década de 90 que profundas reformas efetivadas conseguiram conter a inflação e elevar a taxa de crescimento futuro da economia. Assim, depois de uma longa história de taxas de inflação elevadas e crescentes, o Brasil conseguiu após 1994 estabilizar os preços e fazer a economia crescer, ainda que a taxas moderadas. O primeiro passo foi adotar a política da abertura econômica, controle da inflação e a privatização que resultaram em forte incentivo aos investimentos tanto nacionais quanto estrangeiros, fazendo a reestruturação industrial avançar. O papel do Estado na economia mudou de forma drástica, passando de um Estado-empresário, que procurava impulsionar o desenvolvimento econômico definindo diretamente onde os fatores de produção deveriam ser alocados e atuando através de empresas estatais pouco eficientes para um Estado regulador e fiscal da economia. A prioridade passa a ser a busca da eficiência, com o mercado substituindo o Estado na definição da alocação de recursos e não mais a simples acumulação de capital. Entre os anos de 1994 a 1998 teve início a execução de mais um plano econômico, o Plano Real e sua primeira fase ficou marcada pela inflação elevadíssima e crescente, déficit fiscal, taxa de câmbio bastante desvalorizada (reflexo ainda da crise da dívida dos anos 80 em que o crédito externo tinha desaparecido e a balança comercial apresentava superávit). A partir de 1995 a economia brasileira começou a apresentar outras características: a inflação caiu atingindo grau baixíssimo para os padrões históricos do país e as contas públicas apresentavam elevado desequilíbrio, pois, observou-se nesse período o aumento do número de aposentados, especialmente no âmbito dos servidores públicos, o salto do valor real do salário mínimo que em 1995 aumentou 43% em termos nominais (transferido integralmente para todos os benefícios previdenciários pagos pelo INSS), no mesmo ano em que a inflação medida pelo IGP (índice geral de preço) foi de 15% e, houve um aumento considerável do gasto com programas e atividades dos diversos órgãos do governo federal, agrupados na rubrica de “outras despesas de custeio e capital” (OCC), além da piora da situação fiscal dos Estados. Por outro lado, a taxa de câmbio encontrava-se significativamente apreciável em relação ao nível de 1991-1994, antes do Plano Real, e ocorreu uma rápida deterioração do resultado da conta corrente (queda do superávit). De fato, a luta pela estabilização da inflação era a medida prioritária do governo, fato que só modificou a situação anterior dos anos 1995 a 1998 em 1999. A década de 1990 com Plano Real teve o seu principal êxito na eliminação do maior problema da economia brasileira até

1994: o fenômeno da “hiperinflação”. Feito que cinco planos econômicos anteriores não conseguiram.

3. 2001 A 2011 - A DÉCADA INCLUSIVA

Os dois primeiros anos da década inclusiva coincidiram com os três melhores na análise do comportamento da inflação no Brasil. Nessa época, o país já apresentava uma plataforma industrial bastante consolidada, contava com um cenário de baixa inflação, mostrava capacidade de expansão econômica para dinamizar o mercado de trabalho formal o que contribuiu para a melhoria dos índices de desenvolvimento, notadamente através da implantação de políticas públicas voltadas para a redução das desigualdades sociais. O Governo de então, passou a adotar políticas de valorização do salário mínimo com reajustes anuais acima da inflação, lançou mão de programas de transferência de renda e estimulou a contratação formal de empregados com incentivos fiscais aos empregadores e tais medidas contribuíram para o fortalecimento e expansão da renda das famílias dos extratos sociais inferiores. No plano econômico promoveu programa de combate a evasão fiscal ampliando a arrecadação e a capacidade de gasto do Estado promovendo a retomada de investimentos sociais e em infraestrutura. O resultado desse esforço foi a melhoria no processo de redistribuição de renda com conseqüente repercussão no crescimento com queda da desigualdade social em curto prazo. Ainda no que diz respeito ao ambiente macroeconômico no período de 2000 a 2002 foi registrada uma expressiva entrada de capitais o que redundou em redução do déficit das transações correntes e um aumento do saldo comercial o que aliviou os efeitos da crise cambial de 1999. Na sequência, o crescimento obtido durante a década permitiu a elevação generalizada da renda das famílias com destaque para aquelas pertencentes às classes mais desfavorecidas e o acesso ao mercado de consumo, pois, observou-se que suas rendas cresciam em ritmo mais acelerado que o crescimento da renda das famílias mais ricas. Em termos numéricos o aumento expressivo verificado na renda do seguimento mais pobre não foi suficiente para alterar estruturalmente a distribuição de renda, pois, entre 2002 e 2011 a concentração da distribuição da renda das famílias, medida pelo índice de Gini variou de 0,593 para 0,533 evidenciando a permanência de uma desigualdade em patamar ainda bastante elevado. No ano de 2012, primeiro ano após a o fim da década inclusiva o Brasil ocupava o 12º lugar entre os países mais desiguais do mundo segundo o relatório do IPEA, abaixo, apenas de alguns países da África e da Bolívia e da Colômbia na América do Sul. Não se pode olvidar que mesmo abrigando metade da pobreza do mundo o crescimento econômico apresentado por China e Índia refletiu positivamente no índice de Gini de 2011 que apontou uma queda da desigualdade mundial para 0,527 o que antes era de 0,54 num intervalo que vai de 0 a 1 e quanto mais próximo de 1, maior o grau de desigualdade social. Voltando á situação brasileira a melhoria na distribuição de renda

começa a ser vista em 2000 e, após 30 anos de alta desigualdade o Gini começa a cair em 2001 passando de 0,61 para 0,539 em 2009. De acordo com a PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio), a desigualdade de renda no Brasil vem caindo continuamente desde 2001. Entre 2001 e 2011, a renda *per capita* dos 10% mais ricos aumentou 16,6% em termos acumulados, enquanto a renda dos mais pobres cresceu notáveis 91,2% no período, ou seja, a renda dos 10% mais pobres cresceu 550% mais rápido que a dos 10% mais ricos. Segundo a Unesco, dois terços dos países do mundo vivenciaram aumento de desigualdade em período recente, a exceção dos países da América Latina, que mesmo sendo o continente que ostenta alta taxa de desigualdade apresentou tendência de queda generalizada no período. Nos demais países componentes do BRICS além do Brasil (Rússia, Índia, China e África do Sul) a desigualdade, embora mais baixa, subiu entre 2000 e 2007. O termo BRIC foi criado em 2001 pelo economista inglês Jim O'Neill para fazer referência a quatro países Brasil, Rússia, Índia e China. Em abril de 2011, foi adicionada a letra "S" em referência a entrada da África do Sul (em inglês South África). Desta forma, o termo passou a ser BRICS. O crescimento da renda dos 20% mais ricos no Brasil foi inferior ao do mesmo segmento de todos os BRICS, enquanto o crescimento de renda dos 20% mais pobres supera o de todos os demais, com exceção da China. Internamente o movimento da desigualdade social no Brasil decorrente das políticas públicas de transferência de renda adotadas, especificamente do Bolsa Família e dos benefícios previdenciários e assistenciais apontam que horizontalmente a média de renda no Brasil cresceu 63,61%, quase duas vezes mais rápido que os 32,2% da média de renda na década passada, o que demonstra que, de fato, a desigualdade diminuiu no período observado, entretanto, um dado curioso: no caso das pessoas que vivem em famílias chefiadas por analfabetos, a renda sobe 88,6%, frente a um decréscimo de 11,1% daquelas cujas pessoas de referência possuem 12 ou mais anos de estudo completos e, tal fenômeno pode ser explicado por terem sido criadas no período considerado mais oportunidades de empregos formais, da valorização do salário mínimo, do bolsa família e outros benefícios assistenciais destinados ao setor mais miserável da sociedade. Ainda, no plano horizontal, por região a renda do Nordeste sobe 72,8%, contra 45,8% do Sudeste. Similarmente, a renda cresceu mais nas áreas rurais pobres, 85,5%, contra 40,5% nas metrópoles e 57,5% nas demais cidades. A renda daqueles que se identificam como pretos e pardos sobe 66,3% e 85,5%, respectivamente, contra 47,6% dos brancos. A renda das crianças de 0 a 4 anos sobe 61%, em relação a daqueles de 55 a 59 anos que cresceu apenas 47,6%. Os setores de atividade que apresentaram renda média *per capita* acima da média geral são os mais pobres do país, como o de empregados agrícolas, de serviços domésticos e não remunerados, cujas rendas sobem na década, 86%, 62,4% e 60,3% respectivamente. De maneira geral a renda de grupos tradicionalmente excluídos foi a que mais prosperou no período. Em particular, negros, analfabetos, crianças, nordestinos,

moradores do campo – foi onde a renda cresceu mais no começo do século XXI e isso justifica a denominação da década. O Brasil atingiu em 2011, pela PNAD, seu menor nível de desigualdade de renda desde os registros nacionais iniciados em 1960, embora a desigualdade no Brasil permaneça entre as 15 maiores do mundo e nesse ritmo de crescimento, levaria pelo menos 20 anos para atingir os níveis de crescimento dos Estados Unidos que em meio ao seu alto grau de desenvolvimento não é considerada uma sociedade igualitária. Sem dúvida, as políticas sociais adotadas pelos governos da época, somados aos investimentos públicos e ao controle da inflação conduziram a esse espaço de esperança para a sociedade brasileira, especificamente para os mais pobres, de forma que as melhorias na redução das causas da desigualdade se devem às diversas fontes de renda captadas de acordo com o levantamento da PNAD da seguinte forma: trabalho / Emprego: (58%); Previdência (19%), Bolsa Família (13%), Benefício de Prestação Continuada (BPC) 4% e Outras Rendas como aluguéis e juros (6%). Sem as políticas redistributivas patrocinadas pelo Estado brasileiro, a desigualdade teria caído 36% menos na década. Se levarmos em consideração o peso que esses investimentos representaram para os cofres públicos poderemos concluir que as transferências públicas constituídas de recursos federais: BPC, Bolsa Família e Previdência, apresentam uma efetividade relativa de cada real investido da ordem de: 1,15 para a Previdência, 0,504 para o Benefício de Prestação Continuada (BPC) e 0,25 para o Bolsa Família. Como consequência da manutenção do crescimento com redução da desigualdade, a pobreza mantém uma contínua trajetória decrescente, que vem desde o fim da recessão de 2003. Olhando para a década (2001 – 2010) como um todo e usando a medida utilizada no programa Bolsa Família mantida em termos reais, ou medidas internacionais de pobreza e de extrema pobreza das metas do milênio da ONU, todas caíram mais de 55% entre 2001 e 2011. Dessa forma, o Brasil cumpriu o compromisso de um quarto de século em um decênio. Ou seja, se fez mais que o previsto para 25 em menos de 10 anos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Período observado, 2001 a 2011, foi, sem dúvida, um período de grande repercussão para a sociedade brasileira. Ao longo desse tempo várias transformações foram surgindo e a principal delas foi o resgate social implementado pelas políticas públicas governamentais, porque, sem elas, por mais investimentos que se fizessem em infraestrutura, por mais parcimônia que se tivesse com os gastos públicos e o maior rigor no controle da inflação não se conseguiria alcançar a meta estabelecida de resgatar aqueles brasileiros que viviam abaixo da linha da pobreza. Nesse sentir cerca de 52%, da redução da pobreza deveu-se a redução da desigualdade de renda, associado ao efeito crescimento e sem crescimento a renda média precisaria ter aumentado quase 89%, em vez dos 32% observados entre 2001 e 2011, para

que a pobreza tivesse a mesma queda que na década foi de 57,5%. Todo esse movimento de readequação social observado na década coincidiu com a consolidação do regime democrático o que o diferencia do crescimento econômico verificado na década de 1960-1970 caracterizado pela alta concentração da renda na mão de poucos e o incremento da desigualdade social. Essa herança social desfavorável agravou-se nas décadas de 1980 e 1990 quando a crise provocada pela dívida externa que retirava do país a capacidade de investimento e o descontrole inflacionário levaram o país à estagnação econômica, situação que só começou a se modificar em 1994 com a estabilização da economia, o fim da inflação e uma perspectiva nova de crescimento capaz de enfrentar os problemas sociais que se acumularam ao longo do tempo.

REFERÊNCIAS

A DÉCADA INCLUSIVA (2001-2011): DESIGUALDADE POBREZA E POLÍTICAS DE RENDA. COMUNICADOS IPEA Nº 155. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.IPEA.GOV.BR/AGENCIA/IMAGES/STORIES/PDFs/COMUNICADO/120925_COMUNICADODOIPEA155_v5.PDF](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/comunicado/120925_COMUNICADODOIPEA155_v5.pdf). ACESSO EM: 06 NOV. 2018.

A ÍNDIA ACELERA O PASSO E DEIXA A ESTAGNAÇÃO PARA TRÁS. REVISTA EXAME. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://EXAME.ABRIL.COM.BR/REVISTA-EXAME/O-GIGANTE-ACELERA-O-PASSO/](https://exame.abril.com.br/revista-exame/o-gigante-acelera-o-passo/). ACESSO EM: 09 NOV. 2018

DEDECCA, CLÁUDIO SALVADORI ET AL. DESENVOLVIMENTO E EQUIDADE: DESAFIOS DO CRESCIMENTO BRASILEIRO. NOVOS ESTUDOS CEBRAP. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.SCIOLO.BR/SCIOLO.PHP?SCRIPT=SCI_ARTTEXT&PID=S0101-33002014000100003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002014000100003). ACESSO EM 22 DEZ. 2018.

FERREIRA, PEDRO CAVALCANTI GOMES, ARAÚJO, CARLOS HAMILTON VASCONCELOS. REFORMA TRIBUTÁRIA, EFEITOS ALOCATIVOS E IMPACTOS DE BEM-ESTAR. REVISTA BRASILEIRA DE ECONOMIA, 53(2):133–66. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.SCIOLO.BR/SCIOLO.PHP?SCRIPT=SCI_NLINKS&REF=000313&PID=S0034-7140201000030000600003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000313&pid=S0034-7140201000030000600003). ACESSO EM 06 NOV. 2018.

MILAGRE ECONÔMICO BRASILEIRO. FGV - CPDOC DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.FGV.BR/CPDOC/ACERVO/DICIONARIOS/VERBETE-TEMATICO/MILAGRE-ECONOMICO-BRASILEIRO](http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/milagre-economico-brasileiro). ACESSO EM: 22 DEZ. 2018.

PINHEIRO, ARMANDO CASTELAR ET AL O DESEMPENHO MACROECONÔMICO DO BRASIL NOS ANOS 90. BNDES – BIBLIOTECA DIGITAL DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WEB.BNDES.GOV.BR/BIB/JSPUI/BITSTREAM/1408/2972/1/1999_A%20ECONOMIA%20BRASILEIRA%20NOS%20ANOS%2090_P.PDF](https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/2972/1/1999_A%20ECONOMIA%20BRASILEIRA%20NOS%20ANOS%2090_P.pdf). ACESSO EM: 22 DEZ. 2018

A EVOLUÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO AO LONGO DO SÉCULO: ANOTAÇÕES E REFLEXÕES PARA FUTURAS REFORMAS

Ana Neide Leite (Mestrado/Faculdade Damas da Instrução Cristã)¹³²

Eva de Azevedo Gomes (Mestrado/Faculdade Damas da Instrução Cristã)¹³³

ORIENTADORA: Prof^a. Dra. Bruna Estima Borba

Resumo: Este artigo objetiva promover uma reflexão para uma futura reforma tributária à luz da experiência vivida no Brasil desde a Primeira Constituição Republicana até a Constituição de 1988. O estudo está dividido em 4 partes. A primeira que considera a tributação no Brasil no período compreendido entre 1891 a 1965; a segunda que procura demonstrar a Reforma da década de 60 e a evolução do sistema tributário até 1988 tomando como ponto de partida a década de 50; a terceira parte trata da Reforma Tributária de 1988 e seus ajustes posteriores e, por fim, a quarta parte onde serão apresentadas algumas anotações e reflexões para futuras reformas. Ao longo de quase um século (1891 a 1988) o Brasil passou por 7 Constituições (sem incluir a Emenda Constitucional de 1969 para alguns considerada uma nova Constituição) e cada uma delas apresentou, ampliou ou modificou o sistema tributário nacional como se verá no curso do presente artigo, que, na sua feitura tomou como referência os documentos legislativos, especialmente as Cartas Constitucionais, livros de doutrina e artigos escritos acerca da evolução da tributação no Brasil. Em conclusão, observou-se que até os dias atuais, mesmo tendo passado por várias reformas, ainda existe muito espaço para reformas no sistema tributário nacional.

Palavras-chave: Constituições. Tributação. Reforma.

Abstract: This article is intended to reflect on the future tax reform in light of the experience lived in Brazil from the Republican Constitution until the Constitution of 1988. The study is divided in 4 parts. The first time I consider taxation in Brazil was not included between 1891 and 1965; the following evidence for the 1960s and the evolution of the tax system for 1988

¹³² Bacharela em Ciências Econômicas e em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade Maurício de Nassau e em Direito Privado pela Faculdade Boa Viagem – FBV/DeVry, Analista Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, Mestranda em Historicidade dos Direitos Fundamentais na Faculdade Damas da Instrução Cristã. E-mail: analeite10@yahoo.com.br

¹³³ Mestranda em Direito (FACULDADE DAMAS). Especialista em Direito Público (ASCES UNITA). Advogada. Vice-presidente da comissão da Mulher advogada e membro da Comissão de Direito Público da OAB Caruaru-PE. Professora. Experiência em Gestão e educação Inovadora. Autora de diversos artigos publicados e idealizadora de campanhas para promover ações sociais. Formação Internacional na Universidade Católica de Lisboa. E-mail: evagomes100@gmail.com

taking as its starting point the 1950s; The American edition of the 1988 Tax Reform and its subsequent updates is, finally, a different part of our research and reflection for future reforms. For almost a century (1891 to 1988) Brazil passed through 7 Constitutions (not including a Constitutional Amendment of 1969 for some a new Constitution) of the present article, as reference to the legislative documents, especially as Constitutional Charters, Doctrine and Literature Books on Taxation Income in Brazil. In conclusion, since today, even with the passing of several reforms, there is still much room for reform in the national tax system.

Keywords: Constitutions. Taxation. Reform.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo demonstrar a evolução do sistema tributário nacional e apresentar sugestões para uma futura reforma tributária dentre outras anunciadas para o setor público à luz da experiência vivida no Brasil desde a Primeira Constituição Republicana até a Constituição de 1988. Para melhor compreensão do estudo realizado analisaremos esse quase século de história em quatro partes levando em consideração o comportamento da tributação brasileira de acordo com as linhas estabelecidas em cada Carta Constitucional vigente à época e nas políticas governamentais estabelecidas. A primeira parte considera a tributação no Brasil no período compreendido entre 1891 a 1965, a segunda procura demonstrar a Reforma da década de 60 e a evolução do sistema tributário até 1988 tomando como ponto de partida a década de 50, a terceira que trata da Reforma Tributária de 1988 e seus ajustes posteriores e, por fim, a quarta parte, onde serão apresentadas algumas anotações e reflexões para futuras reformas. Como se verá nos capítulos que se seguem é a partir desse modelo estabelecido que se tentará apresentar algumas possibilidades novas para a tributação no Brasil. Foram utilizados na elaboração do presente artigo, como referência, os documentos legislativos especialmente as Cartas Constitucionais vigentes, livros de doutrina e artigos escritos acerca da evolução da tributação pátria. Em conclusão, observou-se que até os dias atuais, mesmo tendo passado por várias reformas, ainda existe muito espaço para novas formatações e aperfeiçoamento do sistema tributário nacional.

1. A TRIBUTAÇÃO BRASILEIRA NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE 1891 A 1960 1.1 DO FIM DO ESTADO UNITÁRIO AO SURGIMENTO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

A queda da Monarquia em 1889 com a proclamação da República significou para o Brasil o fim do modelo unitário de Estado e a instituição da República Federativa. A Constituição de 1891 foi o seu primeiro marco institucional e iniciou uma nova era de fiscalidade no Brasil

datando daí os primeiros estudos sobre direito financeiro e destacando Rui Barbosa como o grande financista pátrio da época. Entretanto, essa constituição, inspirada no modelo norte americano e ainda sob forte influência portuguesa adotou um sistema rígido de tributação com superposições tributárias entre as esferas de governo locais e central, implicando, por vezes, em bitributação e deixando de fora do modelo tributário os municípios, notadamente, no que diz respeito à discriminação de rendas, embora deem aí as primeiras raízes do federalismo brasileiro. No Brasil boa parte da estrutura tributária do Império vigorou até a década de 30. Naquela época a base econômica nacional era sobretudo agrícola e a principal fonte de receitas públicas era a tributação do comércio exterior, particularmente, o imposto de importação que chegava a corresponder a 2/3 (dois terços) da receita pública. Por volta de 1889, ano de proclamação da República no nosso País, o imposto de Importação já respondia por quase metade da receita pública. A grande contribuição da Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891 foi estabelecer o regime de separação das fontes tributárias, identificando competências exclusivas para a União e para os Estados. As competências foram distribuídas da seguinte forma: para a União couberam privativamente instituir o imposto de importação, os direitos de entrada, saída e estadia de navios, taxas de selo e taxas de correios e telégrafos federais; para os Estados foi concedida a competência exclusiva para instituir impostos sobre a exportação, sobre imóveis rurais e urbanos, sobre a transmissão de propriedades e sobre indústrias e profissões, além de taxas de selo e contribuições concernentes a seus correios e telégrafos. Os tributos residuais competiam à União e aos Estados. Importa registrar que naquela época já existia a cobrança de imposto sobre os vencimentos pagos pelos cofres públicos e sobre os benefícios distribuídos por sociedades anônimas, embora, somente em 1924, o governo tenha instituído um imposto de renda geral, assim como foi estabelecida em 1892 a cobrança de um imposto sobre o fumo considerando os fluxos internos de produtos de onde surgiu a ideia do imposto sobre o consumo. No exercício de 1922 foi criado o imposto sobre vendas mercantis, mais tarde denominado imposto de vendas e consignações e transferido para a esfera estadual.

1.2 A SISTEMATIZAÇÃO DO DIREITO TRIBUTÁRIO COM A CONSTITUIÇÃO DE 16 DE JULHO DE 1934 E SEQUINTE.

Foi essa Carta que preparou o sistema para algumas inovações no que diz respeito aos impostos sobre produtos, mas trouxe poucas novidades. Os Estados foram dotados de competência privativa para decretar o imposto de vendas e consignações, proibiu-se a cobrança do imposto de exportações em transações interestaduais e limitava-se a alíquota deste imposto a um máximo de 10%. Ao contrário da Constituição anterior essa dotou os Municípios de competência privativa para decretar alguns tributos dentre eles o imposto de licenças, imposto predial e territorial urbanos, imposto sobre diversões públicas e imposto

cedular sobre a renda de imóveis rurais, além de taxas sobre serviços municipais. Também foi nessa Constituição que se iniciou o procedimento de repartição da receita de impostos entre as esferas de governo, pois, verificava-se uma grande concentração de receita em poder da União em detrimento dos Estados e Municípios. No final da década de 30, de acordo com os orçamentos públicos a arrecadação tributária e a efetiva participação de cada Ente federativos no volume total de receitas auferidas era a seguinte: cabia à União uma parcela de 52,81% da arrecadação; aos Estados, 29,25%; aos Municípios, de 10,81%; e ao Distrito Federal, de 7,13%. A Constituição de 10 de novembro de 1937 pouco modificou o sistema tributário estabelecido pela Constituição anterior cuja vigência foi bastante reduzida. Retirou a competência privativa dos Estados para tributar o consumo de combustíveis de motor de explosão e a competência dos Municípios para tributar a renda das propriedades rurais. Por outro lado, a competência residual passou a pertencer somente aos Estados, sem qualquer repartição da União na arrecadação das receitas. Três anos depois, em 1940, a Lei Constitucional nº 3 vedou aos Estados o lançamento de tributos sobre o carvão mineral nacional e sobre combustíveis e lubrificantes líquidos e a Lei nº 4 incluiu na competência privativa da União o imposto único sobre a produção, o comércio, a distribuição, o consumo, a importação e a exportação de carvão mineral e dos combustíveis e lubrificantes líquidos de qualquer origem. No começo da década de 40, o imposto de vendas e consignações respondia por cerca de 45% da receita tributária dos Estados, alcançando 60% em 1946, enquanto a participação do imposto de exportação caía para pouco mais que 10%, inferior às dos impostos de transmissão inter vivos e de indústrias e profissões. Nos Municípios, o imposto sobre indústrias e profissões e o imposto predial permaneceram como os mais importantes, correspondendo a pouco menos que 40 e 30% da receita tributária, respectivamente. A Constituição de 18 de setembro de 1946 trouxe poucas modificações ao rol de tributos instituídos no país. Trouxe para os Municípios competência para instituir dois novos impostos: o imposto do selo municipal que era um imposto sobre atos de sua economia ou assuntos de sua competência e o imposto de indústrias e profissões, este embora pertencente aos Estados já era arrecadado em parte pelos municípios. Modificou profundamente a discriminação de rendas entre as esferas do governo institucionalizando um sistema de transferências de impostos que, mais tarde, já no início da década de 60, foi reforçado pela Emenda Constitucional nº 5 que atribuiu aos Municípios 10% da arrecadação do imposto de consumo e aumentou de 10 para 15% a participação dos mesmos no Imposto de Renda. Esta Emenda também transferiu dos Estados para os Municípios os impostos sobre a transmissão de propriedades inter vivos e sobre a propriedade territorial rural, sendo esta competência transferida para União pela EC nº 10, cabendo-lhe, entretanto, entregar o produto da arrecadação ao Município de localização do imóvel tributado. Durante o período 1946/66, cresce a importância relativa dos impostos internos sobre produtos. Às vésperas da

reforma tributária, o imposto de consumo é responsável por mais de 45% da receita tributária da União, o imposto de vendas e consignações corresponde a quase 90% da receita tributária estadual e o imposto de indústrias e profissões, que se tornara, na prática, uma versão municipal do imposto de vendas e consignações, gera quase 45% da receita tributária dos municípios. Em conjunto, eles perfazem 65% da receita tributária total do país, mesmo assim, não são suficientes para cobrir as necessidades de dispêndio dos três níveis de governo e a reforma tributária, reclamada por muitos desde o final da década de 40, é preparada e posta em prática.

2. A REFORMA DA DÉCADA DE 60 E A EVOLUÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO ATÉ 1988

A década de 50 que antecedeu a década em análise foi marcada pelo esforço do governo em promover o desenvolvimento industrial, foi criado o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE) em 1952, a SUDENE – Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste em 1959 e muito se fez para atrair capital estrangeiro para o país. De 1956 a 1961 no Governo do Presidente Juscelino Kubitschek, com o seu programa desenvolvimentista 50 anos em 5, foram oferecidos favores financeiros e cambiais e o imposto de importação que já não tinha uma participação forte no financiamento dos gastos públicos foi transformado em instrumento de proteção à indústria doméstica. A despesa do Tesouro Nacional, que girava em torno de 8% do PIB no final da década de 40, elevou-se para 11% a partir de 1957 e, no início dos anos 60, atingiu a marca dos 13%. Um novo sistema tributário foi paulatinamente implantado entre 1964 e 1966, concedendo-se prioridade para as medidas que contribuíssem de imediato para a reabilitação das finanças federais e, simultaneamente, atendessem as reclamações de alívio tributário dos setores empresariais, que constituíam a base política de sustentação do regime; nesse ínterim a administração fazendária federal foi reorganizada, o Imposto de Renda recebeu revisões que resultaram em vigoroso crescimento de sua arrecadação e o imposto de consumo foi reformulado dando origem ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). O grande mérito dessa reformulação foi a incorporação da Emenda Constitucional nº 18/65 ao texto da Constituição de 30 de janeiro de 1967, que, juntamente com Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966) constituíram os documentos legais que marcam o fim dos trabalhos desta reforma. Com isso o sistema tributário brasileiro ganhou a eliminação dos impostos cumulativos e a adoção do imposto sobre o valor agregado, a limitação do poder concedido aos Estados para legislar sobre o ICM, os recursos transferidos passaram a ter seus gastos vinculados e compatíveis com os objetivos fixados pelo Poder Central além de terem sido limitadas suas competências tributárias. O Ato Complementar nº 40/68 reduziu, de 10 para 5%, os percentuais do produto da arrecadação do IR e do IPI destinados aos Fundos de Participação dos Estados e dos

Municípios (FPE e FPM), respectivamente. Em contrapartida, criou o Fundo Especial (FE), cuja distribuição e utilização dos recursos eram inteiramente decididas pelo Poder Central, destinando a ele 2% do produto da arrecadação daqueles tributos. A autonomia fiscal dos Estados e Municípios foi reduzida ao seu nível mínimo, aí permanecendo até 1975. O esforço para atrair investimento à custa da concessão de fortes incentivos fiscais até a década de 60, corroía excessivamente a receita e para reforçar suas fontes de financiamento, o governo federal criou o PIS - contribuição para o Programa de Integração Social que marca o ressurgimento no país da cumulatividade na tributação. Ao encerrar-se a fase do "milagre brasileiro" – 1968/1973 o sistema tributário já começava a mostrar os primeiros sinais de exaustão. Foram feitos ajustes na legislação do IR, em 1974, com o intuito de mitigar a o efeito regressivo da tributação. Os Estados e Municípios começavam a esboçar reação ao baixo grau de autonomia, o que suspendeu o processo de crescente centralização das decisões no Poder Central, até que a Emenda Constitucional nº 5/75 elevou os percentuais de destinação de recursos ao FPE e ao FPM a partir de 1976. No período 1979/83 a carga tributária oscilava entre 24,5 e 27% do PIB. As Emendas Constitucionais nº 5/75 e nº 17/80, elevaram progressivamente os percentuais do produto da arrecadação do IR e do IPI destinados ao FPE e ao FPM que, de 5% em 1975, atingiram 10,5% em 1982 e 1983. O total das transferências tributárias da União para Estados e Municípios manteve-se, desde 1976 até 1983, ano a ano, na faixa de 8,5 a 9,5%. Entre 1984 e 1988 a arrecadação foi ligeiramente inferior ao observado até 1983, oscilando entre 23,4 e 24,3%, com exceção de 1986, ano do Plano Cruzado, em que atingiu 26,5% surgindo a necessidade da criação de um novo tributo cumulativo, o FINSOCIAL - contribuição para o Fundo de Financiamento Social e a transformação do IPI e ICM em tributos pouco semelhantes ao que se concebe ser um imposto sobre o valor agregado. A Emenda Constitucional nº 23/83 elevou os percentuais do FPE e do FPM para 12,5 e 13,5%, respectivamente, em 1984, e para 14 e 16%, de 1985 em diante, e fechou as possibilidades de a União reduzir as bases sobre as quais incidiam os percentuais destas e de outras participações dos Estados e Municípios na receita tributária. As transferências da União cresceram até atingir o máximo de 16% de sua receita tributária em 1988. A participação da União no total da receita tributária disponível teve uma queda de quase 10 pontos percentuais entre 1983 e 1988, enquanto sua participação na arrecadação dos três níveis de governo caiu cerca de cinco pontos percentuais no mesmo período.

3. A REFORMA TRIBUTÁRIA DE 1988 E OS AJUSTES POSTERIORES

O sistema tributário estatuído pela Constituição de 1988, ao contrário do que foi trazido pela reforma da década de 60 e elaborado por uma equipe técnica em gabinetes, foi fruto de um processo participativo em que os principais atores eram políticos. Esse sistema dentre outras inovações trouxe: a ampliação do grau de autonomia fiscal dos Estados e Municípios; a

atribuição de competência a cada um dos Estados para fixar autonomamente as alíquotas do seu principal imposto o ICMS (imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação), sucessor do ICM; extinguiu a faculdade atribuída pela Constituição anterior à União de conceder isenções de impostos estaduais e municipais e, por último, vedou a imposição de condições ou restrições à entrega e ao emprego de recursos distribuídos àquelas unidades. Os fundos de participação dos Estados e Municípios na arrecadação das receitas foram mantidos e os percentuais do produto da arrecadação de IR e IPI destinados a eles foram, outra vez, progressivamente ampliados chegando, a partir de 1993, a 21,5 e 22,5%, respectivamente. O montante transferido pelos Estados para os Municípios também cresceu consideravelmente, tanto pelo alargamento da base do principal imposto estadual como pelo aumento do percentual de sua arrecadação destinado àquelas unidades, que passou de 20 para 25%. Houve também uma partilha do IPI cabendo aos Estados 10% da arrecadação do imposto, repartido em proporção à exportação de produtos manufaturados. Desse montante, 25% são entregues pelos Estados a seus respectivos Municípios. O Fundo Especial foi extinto, mas o seu montante (3% da arrecadação do IR e do IPI, ao invés dos 2% que o compunham) é destinado a programas de financiamento ao setor produtivo das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através das instituições financeiras federais de caráter regional. A partir de 1989, ano em que além da natural dificuldade de transição para um novo sistema tributário, a arrecadação foi prejudicada pela vigorosa aceleração da inflação, a carga tributária tem superado os níveis alcançados nas décadas anteriores. Não restam dúvidas de que a Constituição de 1988 reduziu os recursos disponíveis para a União, via aumento das transferências tributárias e limitação de suas bases impositivas, mas ficou claro, também, que as dificuldades financeiras da União decorrentes da perda de recursos já vinha ocorrendo desde 1984 e outros fatores que explicam tais dificuldades são a estagnação econômica que já se arrastava por 14 anos quase ininterruptos, a aceleração da inflação e o estado deplorável a que se deixou chegar a administração fazendária. No período pós-Constituição, o governo federal, para enfrentar o seu desequilíbrio fiscal e financeiro crônico, adotou sucessivas medidas para compensar suas perdas com a criação de novos tributos e elevação das alíquotas dos já existentes, em particular daqueles não sujeitos à partilha com Estados e Municípios. Alguns exemplos são a criação da contribuição incidente sobre o lucro líquido das empresas (1989), o aumento da alíquota da COFINS de 0,5% para 2% e também das do imposto sobre operações financeiras (1990), e a criação do Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras (IPMF), mais um tributo cumulativo (1993). A arrecadação dos impostos e contribuições federais sujeitos à repartição com os governos subnacionais, que representava 51% do total da receita tributária em 1988, caiu para 42% em 1991 não computadas as contribuições ao FGTS e ao PIS/PASEP.

O Plano Real, posto em prática em julho de 1994 conseguiu conter a inflação em níveis baixos para padrões brasileiros e, conseqüentemente, na área fiscal a inflação baixa e o crescimento ascendente contribuíram para elevar a receita. A carga tributária de 1994, 28,5% do PIB, só é inferior à registrada em 1990. Do outro lado da conta fiscal a execução financeira do Tesouro Nacional em 1995, até outubro, mostrava um crescimento real da receita da ordem de 11% e da despesa fiscal na casa dos 14% e a situação financeira dos estados ficou ainda mais preocupante. Em vários deles a receita tributária já era insuficiente para fazer face à folha de salários. A estimativa das necessidades de financiamento do setor público para o período janeiro a setembro apresentava déficit operacional de 4,4% do PIB.

4. ANOTAÇÕES E REFLEXÕES PARA FUTURAS REFORMAS

4.1. A EVOLUÇÃO E AS REFORMAS

O processo de evolução do sistema tributário ao longo de um século contém um grande número de ensinamentos a serem utilizados em futuras reformas. Sabe-se que pela própria dinâmica dos fatos e para aprimoramento do sistema os erros e acertos do passado podem e devem ser considerados no presente. Nas sessões anteriores, com pequenas referências a algumas Leis ou Emendas Constitucionais foram tratadas as grandes linhas do sistema tributário brasileiro posto que, além dos textos constitucionais existem outros instrumentos normativos que compõem a legislação tributária, entretanto, não são objeto desse estudo. O sistema tributário que se tem hoje se adequa às linhas gerais das teorias tradicionalmente encontradas na literatura econômica. No Império e nos primeiros anos da República, os impostos sobre comércio exterior predominavam em relação aos impostos sobre imóveis e ao conjunto de outros tributos incidentes sobre bens, rendimentos e serviços. No final do século passado foi criado um imposto de consumo que, modificando-se ao longo do tempo, transformou-se no IPI. O ICMS tem origem no imposto sobre vendas mercantis criado em 1922 e somente em 1924 os impostos sobre rendimentos que foram sendo criados ao longo do tempo foram agrupados, formando o Imposto de Renda, que foi semi cedular durante 40 anos até tomar forma semelhante à que tem hoje. A predominância dos impostos sobre o comércio exterior em relação aos impostos internos como fonte de receita perdeu até o início da década de 40. A partir daí foram necessários mais 25 anos até que se tratasse o sistema tributário como instrumento econômico. Um dos maiores problemas que se tem no Brasil de 1988 para os dias atuais é obter uma compatibilização adequada e razoável entre a Evolução do Sistema Tributário e o Federalismo Fiscal. O federalismo fiscal exige um grau razoável de autonomia financeira e política aos diferentes níveis de governo o que só pode ocorrer através de instrumentos fiscais adequados em cada uma das esferas nacionais. A experiência brasileira tem sido especialmente marcada pela dificuldade em se atingir uma compatibilização destes dois objetivos: autonomia financeira e política fiscal, registrando

ciclos de menor ou maior centralização de poder tributário, que, por sua vez, acompanham estreitamente a evolução histórica de regimes políticos mais democráticos ou de poder mais centralizado. Pensar uma reforma tributária para o Brasil requer a observância de limites claros para a redução ou expansão da carga tributária. Todos os setores sociais precisam ser observados de forma que, se a manutenção do governo passa pela arrecadação das receitas tributárias, passa, também, pela possibilidade e disposição da sociedade em pagar os tributos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado precisa de receitas para custeio e funcionamento da máquina e uma das mais fortes fontes de receitas ainda é a tributária. De longa data vêm-se tentando chegar a um ponto de equilíbrio entre o poder de tributar e a capacidade da sociedade suportar o pagamento de tais tributos, entretanto, a compreensão popular para o pagamento de tributo é condizente com a contrapartida oferecida pelo Estado aos contribuintes em serviços públicos tais como educação, saúde e segurança, fora disso a carga tributária constitui uma odiosa forma de usurpação de renda dos cidadãos. Desde a Antiguidade procurava-se encontrar fontes de recursos para custear os gastos dos Estados e, por vezes, tais recursos eram obtidos através de hostilidades e guerras, em que se exigiam reparações patrimoniais dos perdedores em consequência das despesas havidas com os combates. Mais recentemente, as cobranças mantiveram-se atreladas essencialmente ao poder tirano dos governantes, exigidas sobre uma parcela da produção de seus súditos. Atualmente, é por meio de tributos que os Estados modernos exigem do seu povo os recursos necessários para fazer face aos gastos com serviços públicos e melhorias sociais. Também é comum se associar a ideia de tributação à de Justiça social. Desde o pensamento de São Tomás de Aquino em que tudo que existe, existe em razão de um fim, é necessário que seja adequado o recurso obtido ao fim a que se destina e em seus ensinamentos o fim da lei é o bem comum. No Brasil, pós Constituição de 1988, os tributos têm apresentado diversas facetas, dentre as quais, a principal, é servir como fonte de receita para o poder público, entretanto, aparece como forma de regulação da atividade econômica e até mesmo para dar suporte à função social da propriedade. Até aqui, as reclamações ganham eco, pois, em 2017 a carga tributária bruta nacional alcançou 32,43% em relação ao PIB (soma de todas as riquezas produzidas no Brasil) de acordo com o Relatório da Receita Federal do mês de novembro do corrente ano e é considerada alta com relação a outros países de igual ou superior grau de desenvolvimento. Em outro cenário o imposto sobre grandes fortunas instituídos há 30 anos, até hoje não saiu do papel, transformando-se em causa de discórdia sempre que se pensa em promover uma nova reforma tributária que atenda as necessidades da máquina estatal.

REFERÊNCIAS

AS DISTORÇÕES DE UMA CARGA TRIBUTÁRIA REGRESSIVA. IPEA – DESAFIOS DO DESENVOLVIMENTO. DISPONÍVEL EM:
[HTTP://WWW.IPEA.GOV.BR/DESAFIOS/INDEX.PHP?OPTION=COM_CONTENT&ID=3233](http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=3233).
ACESSO EM 06 NOV. 2018.

CARGA TRIBUTÁRIA NO BRASIL 2017: ANÁLISE POR TRIBUTOS E BASES DE INCIDÊNCIAS. MINISTÉRIO DA FAZENDA. RECEITA FEDERAL – CETAD: CENTRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS E ADUANEIROS. DISPONÍVEL EM:
[HTTP://IDG.RECEITA.FAZENDA.GOV.BR/DADOS/RECEITADATA/ESTUDOS-E-TRIBUTARIOS-E-ADUANEIROS/ESTUDOS-E-ESTATISTICAS/CARGA-TRIBUTARIA-NO-BRASIL/CARGA-TRIBUTARIA-2017](http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2017). ACESSO EM: 14 DEZ. 2018.

FERREIRA, PEDRO CAVALCANTI GOMES, ARAÚJO, CARLOS HAMILTON VASCONCELOS. REFORMA TRIBUTÁRIA, EFEITOS ALOCATIVOS E IMPACTOS DE BEM-ESTAR. REVISTA BRASILEIRA DE ECONOMIA, 53(2):133–66. DISPONÍVEL EM:
[HTTP://WWW.SCIELO.BR/SCIELO.PHP?SCRIPT=SCI_NLINKS&REF=000313&PID=S0034-7140201000030000600003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000313&pid=S0034-7140201000030000600003), ACESSO EM: 06 NOV. 2018.

MACHADO, CARLOS HENRIQUE, BALTHAZAR, UBALDO CESAR. A REFORMA TRIBUTÁRIA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA. DISPONÍVEL EM:
[WWW.SCIELO.BR/SCIELO.PHP?PID=S2177-70552017000300221&SCRIPT=SCI...TLNG...](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552017000300221&script=sci...TLNG...) ACESSO EM: 14 DEZ. 2018.

MAIA, JOSÉ NELSON BESSA, SARAIVA, JOSÉ FLÁVIO SOMBRA. A PARADIPLOMACIA FINANCEIRA NO BRASIL DA REPÚBLICA VELHA, 1890–1930 – REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICA INTERNACIONAL - REV. BRAS. POLÍT. INT. VOL.55 NO.1 BRASÍLIA 2012
[HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/S0034-73292012000100007](http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73292012000100007) - DISPONÍVEL EM:
[HTTP://WWW.SCIELO.BR/SCIELO.PHP?SCRIPT=SCI_ARTTEXT&PID=S0034-73292012000100007](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292012000100007) ACESSO EM: 07 DEZ. 2018.

STF AINDA JULGA AÇÕES DO FINSOCIAL – SINDIFISCO NACIONAL. DISPONÍVEL EM:
[HTTPS://WWW.SINDIFISCONACIONAL.ORG.BR/INDEX.PHP?OPTION=COM_CONTENT&VIEW=ARTICLE&ID=2538:FINSOCIAL%20&CATID=45&ITEMID=73](https://www.sindifisconacional.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2538:finsocial%20&catid=45&itemid=73) ACESSO EM: 06 NOV. 2018.

TOURINHO, OCTÁVIO AUGUSTO FONTES ET AL. IMPLICAÇÕES ECONÔMICAS DA REFORMA TRIBUTÁRIA: ANÁLISE COM UM MODELO CGE – REVISTA BRASILEIRA DE ECONOMIA. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.SCIOLO.BR/SCIOLO.PHP?SCRIPT=SCI_ARTTEXT&PID=S0034-71402010000300006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71402010000300006). ACESSO EM 06 NOV. 2018.

VARSANO, RICARDO. A EVOLUÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO AO LONGO DO SÉCULO: ANOTAÇÕES E REFLEXÕES PARA FUTURAS REFORMAS. TEXTO PARA DISCUSSÃO Nº 405. IPEA. RIO DE JANEIRO, 1996.

CARROS X CARRUAGENS DA FÉ: UMA GARANTIA DO DIREITO DE NÃO PAGAR O IPVA OU ABUSO DA IMUNIDADE RELIGIOSA

Neemias Tiago da Silva Taveira – (Direito/UNINASSAU)¹³⁴

Erika Leite dos Santos – (Direito/UNINASSAU) ¹³⁵

Resumo: O presente artigo científico tem como objeto central de estudo a análise da imunidade religiosa, elencada no artigo 150, inciso VI, alínea “b” da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O estudo visa fazer um comparativo entre o direito da imunidade tributária frente ao Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA. Como objetivo de pesquisa, busca-se estabelecer um diálogo sobre a finalidade da imunidade religiosa em contrapartida o uso pessoal do veículo pelos líderes religiosos, examinando se de fato esses líderes estão utilizando os automóveis para o auxílio da fé e o pleno desenvolvimento da religião dos seus seguidores. Na sequência, vislumbra-se como problema de pesquisa, choques de direitos, a saber, o direito de liberdade religiosa, o Estado laico e o interesse social, tendo em vista, que os impostos arrecadados são para custear e subsidiar a prestação de serviços essenciais a sociedade. Como metodologia de estudo, aplicou-se o método analítico, através de sites de pesquisa, estreitando-se a observar a realidade vivenciada pelas entidades de culto religioso como um potencial para ser uma das principais fontes de arrecadação tributária para os cofres públicos. Pois, percebe-se que atualmente as instituições religiosas têm muito poder aquisitivo e são as que mais arrecada dinheiro. Portanto, observa-se a necessidade de discussão sobre o tema proposto, considerando a nítida visibilidade de que os veículos de titularidade das instituições de culto religioso estão sendo utilizados para satisfazer interesses e atividades pessoais dos pastores e demais representantes, descaracterizando totalmente a ideia, a finalidade e a natureza jurídica da imunidade tributária religiosa, que somente possível para beneficiar os discípulos e os fiéis. Por fim, pela pesquisa realizada foi observado que existe uma necessidade de se tributar os carros dos líderes religiosos, porque, na medida que os veículos doados para as igrejas o estado não tem o controle do que é feito com os automóveis, muitas vezes os pastores manuseiam os carros em proveito próprio em vez de ser usado em detrimento do coletivo, passando a não favorecer e os membros das igrejas.

134 Graduando, UNINASSAU, neemias_taveira@hotmail.com

135 Graduanda, UNINASSAU, erikamilk@gmail.com

Palavras chaves: Imunidade tributária. IPVA. Liberdade religiosa. Estado Laico.

Abstract: The present scientific article has as central object of study the analysis of the religious immunity, listed in article 150, item VI, letter "b" of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. The study aims to compare the right of tax immunity against the Tax on the Industrial Property of Motor Vehicles – IPVA. As a research objective, the aim is to establish a dialogue on the purpose of religious immunity in return for personal use of the vehicle by religious leaders. examining whether the tags are using the tools to aid it and the full development of the evolution of its followers. In the sequence, it is glimpsed as problem of research, shocks of rights, knowledge, the right of religious freedom, the secular State and the social interest, considering that the taxes collected are to fund and subsidize the provision of essential services to society. As a study methodology, the analytical method was applied through research sites, narrowing to observe the reality experienced by religious worship entities as a potential to be one of the main sources of tax collection for the safes public. For, it is perceived that religious institutions today have a lot of purchasing power and are like that more money. Therefore, it is necessary to discuss the proposed theme, considering the visibility of the right entities of the institutions issuing shares, being present for the interests and the existing activities of the other representatives, totally discharging an idea, to the judicial of immunity tributary religious, that only possible to benefit the disciples and the faithful ones. Finally, the research was for what is an indicator of how to rate leadership cars because, as the public makes organizations have control over what is done with vehicles, pastors often drive cars for their own benefit rather than being used to the detriment of the collective, not to favor and belong to the churches.

Keywords: Tax Immunity. IPVA. Religious Freedom. Lay State.

INTRODUÇÃO

No Sistema Tributário Nacional, pode-se observar vários institutos, princípios e regras importantes para o desenvolvimento e sustento da máquina pública, o fisco tem um papel significativo na sociedade, pois é através do conjunto de órgãos de fiscalização e arrecadação de dinheiro que se pode cumprir as políticas públicas das áreas essenciais da sobrevivência humana, como por exemplo da saúde, educação, saneamento, segurança etc. A partir desse momento, observa-se o interesse público para que o estado proceda ao recolhimento de verbas, e esse macro interesse público, dar poderes ao estado de efetuar a cobranças dos impostos, inclusive, o considerado o pai de todos os poderes, o chamado Poder de Tributar.

Entretanto, o poder de tributar tem suas limitações delimitadas e prescritas na Lei Maior do ordenamento jurídico Pátrio, dentro das limitações, verifica-se o instituto das imunidades tributárias. Segundo a doutrina majoritária, a imunidade tributária é a falta de competência de cobrar impostos em determinadas situações e pessoas, ou seja, seria a falta de poder do Estado de tributar. A imunidade estudada aqui, trata-se da imunidade tributária transcrita no art. 150 inciso VI alínea “b” da Constituição Federal, que é a imunidade dos templos de qualquer culto, também conhecida como imunidade religiosa.

Portanto, pretende-se com o presente artigo apresentar a possibilidade de tributação dos veículos dos líderes religiosos, ou seja, a possibilidade do pagamento do Imposto de Propriedade de Veículos Automotores – IPVA pelas igrejas e templo de qualquer culto, haja vista, que os pastores e ministros religiosos estão usando os carros em proveito próprio, em uso pessoal para as suas necessidades particulares e não como instrumento para o benefício do coletivo, ou seja, para que os fiéis se aproximem da figura considerada de Deus; outro argumento que é utilizado como justificativa dessa pesquisa, é que o estado não tem controle das doações feitas a títulos de ofertas pelos membros da igreja; outro ponto é no sentido de que o Estado criou uma certa distinção tratando de forma desigual as religiões no momento da concessão do direito da imunidade tributária aos templos de qualquer culto, pois para religiões de matrizes evangélicas e católicas a concessão é feita rapidamente com menos burocracia, enquanto religiões de matrizes africanas, por exemplo, o processo é muito lento, e quando muitas das vezes não conseguem o direito a imunidade, e isto afeta e afronta o estado laico brasileiro. Dessa forma, indaga-se: os veículos dos líderes religiosos devem ser simplesmente carros ou carruagens da fé?

1. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

No ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se um instituto do ramo do Direito Tributário muito interessante, que merece destaque e estudo pelos pesquisadores de Direito. O instituto em referência, trata-se das imunidades tributárias, que estão regimentadas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, exatamente, no art. 150 do Texto Maior, compreendidas como uma das “limitações do poder de tributar” juntas dos princípios norteadores do Direito Tributário. Do mesmo modo entende Gilmar Mendes:

Tradicionalmente, as imunidades têm sido compreendidas, ao lado dos princípios, como espécies de “limitações ao poder de tributar”, na clássica terminologia de Aliomar Baleeiro. A diferença é que, enquanto estes disciplinam a forma de exercício da competência tributária, aquelas estabelecem hipóteses em que a competência não pode ser exercida de forma alguma. As imunidades estabeleceriam verdadeiros limites ou proibições ao exercício do poder de tributar. Em certo sentido, é possível reconhecer nelas meios de

demarcar a competência tributária, isto é, diretrizes que compõem o próprio limite daquilo que é demarcado. A competência já nasce delimitada (2016, pág. 1314).

Dessa forma, pode-se perceber que as imunidades é, portanto, uma falta ou até mesmo uma ausência de competência do Estado em instituir ou cobrar impostos aos próprios entes da federação, suas entidades, autarquias, fundações ou seja, todos os sujeitos de direito da Administração Pública direta e indireta, veja-se, que alguns sindicatos, organizações e instituições religiosas também está acobertado pela imunidade tributária. Neste trabalho, estudar-se-á e apresentará, especificamente, a imunidade religiosa, que está no art. 150, inciso, VI alínea “b” Constituição Federal 1988, que é a imunidade aos templos de qualquer culto.

1.2 Espécies de Imunidades Tributárias

Antes de adentrar no tema específico da pesquisa, cumpre salientar a diferença entre a imunidade recíproca e imunidade genérica. A imunidade recíproca é, portanto, a proibição ou limitação do Estado não poder tributar o próprio Estado, é a situação de que o poder público não poderá cobrar impostos aos membros da Federação e suas repartições, seja da Administração Pública Direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ou da Administração Pública Indireta (Autarquias, Fundações, Empresa Pública, e Sociedade de Economia Mista). As imunidades genéricas são as garantias de direito a determinadas instituições, que se fundamentaram comumente, pela jurisprudência e entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF. Vejamos os ensinamentos de dois doutrinadores renomados:

A Constituição alberga imunidades genéricas no tocante a todos os impostos, em princípio, além de outras específicas que só se aplicam a determinados impostos. O STF já decidiu, na ADI 939, que algumas imunidades configuram verdadeiras garantias constitucionais em defesa de liberdades públicas consagradas no texto constitucional, tais como liberdade sindical, liberdade de culto, liberdade de organização partidária, liberdade de expressão intelectual e liberdade de informação. Em outras palavras, “A imunidade tributária não constitui um fim em si mesma. Antes, representa um poderoso fato de contensão do arbítrio do Estado na medida em que esse postulado da Constituição, inibindo o exercício da competência impositiva pelo Poder Público, prestigia, favorece e tutela o espaço em que florescem aquelas liberdades públicas”. (MENDES; BRANCO, 2015).

Assim, com podem perceber, as imunidades genéricas, são garantias constitucionais as liberdades públicas, fundamento do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, vislumbra-se a liberdade de culto, que advém da laicidade do Estado, que observar-se-á mais na frente, sobre o que a Doutrina Brasileira discute sobre o Estado laico do Brasil e o que pode agregar ao presente artigo.

2. IMUNIDADE RELIGIOSA E O ESTADO LAICO

A imunidade religiosa, advém do Estado Laico brasileiro, mas afinal, o que configura a laicidade do Estado no País? Nada mais, nada menos o que determina o art. 5º inciso VI da Constituição Cidadã, vejamos a sua redação: Art. 5 [...] VI – “é inviolável a liberdade de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção dos cultos religiosos e suas liturgias”. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988).

A partir desse ponto, pode-se observar que o Estado laico pressupõe que determinada nação, não tem uma religião oficial e garante o livre exercício de qualquer religião, sem qualquer embaraço do Estado, por isso, que a Constituição se preocupou em trazer no rol de Direitos Fundamentais, a liberdade religiosa. Assim entende Mendes e Branco (2015):

na liberdade religiosa incluem-se a liberdade de crença, de aderir a alguma religião, e a liberdade do exercício do culto respectivo. As liturgias e os locais de culto são protegidos nos termos da lei. A lei deve proteger os templos e não deve interferir nas liturgias.

2.1 FUNDAMENTO JURÍDICO DA IMUNIDADE RELIGIOSA E O SEU ALCANCE PARA OS PATRIMÔNIOS DOS TEMPLOS DE QUALQUER CULTO

Nesse sentido, o legislador constituinte de uma forma magnífica, criou o instituto da imunidade religiosa, justamente, proteger e garantir que o Estado não intervisse no livre exercício da liberdade de religião, instituindo embaraços e impedimentos burocráticos estatais. Com efeito, vale salientar a posição de Mendes e Branco (2015):

“(…). Para evitar que o Estado crie embaraços à liberdade de religião, o constituinte estabelece a imunidade de impostos sobre templos de qualquer culto, no art. 150, VI, b, do Texto Magno.”

Cumprido destacar, que a imunidade que trata o art. 150, VI, “b” CF/88, alcança todas as espécies de impostos, não só o IPTU do templo de qualquer culto. Por esta razão, o artigo está discutindo a imunidade religiosa sobre os automóveis de titularidade das entidades religiosas e a incidência do IPVA sobre eles. Neste momento, pretende-se frisar que a imunidade da alínea “b” inciso VI do art. 150 do Texto Maior, se aplica aos patrimônios das igrejas e templos de qualquer religião, especificamente ao IPVA. Vejamos o que relatar a doutrina:

A imunidade se refere a impostos, e não a contribuições sindicais. Mas a imunidade alcança toda espécie de impostos, inclusive “IPTU sobre imóveis de propriedade [de

entidade religiosa] que se encontram alugados”, já que a “imunidade prevista no art. 150, VI, b, da CF, deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas, também, o patrimônio, a renda e os serviços ‘relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas. (MENDES; BRANCO, 2015). (Grifou-se).

Vale registrar o entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF sobre o assunto, que está consolidado por meio do Recurso Extraordinário nº 325.822-2. Segundo o Supremo, a imunidade prevista na alínea “b” do inciso VI do art. 150 CF, deve abranger não somente aos prédios destinados ao culto, mas, também, “c” patrimônio, a renda, e os serviços “relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas”. Vejamos o teor da jurisprudência aplicada:

(STF - RE: 325822 SP, Relator: ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 18/12/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 14-05-2004 PP-00033 EMENT VOL-02151-02 PP-00246).

Recurso extraordinário. 2. Imunidade tributária de templos de qualquer culto. Vedação de instituição de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades. Artigo 150, VI, b e § 4º, da Constituição. 3. Instituição religiosa. IPTU sobre imóveis de sua propriedade que se encontram alugados. 4. A imunidade prevista no art. 150, VI, b, CF, deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas, também, o patrimônio, a renda e os serviços “relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas”. 5. O § 4º do dispositivo constitucional serve de vetor interpretativo das alíneas b e c do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. Equiparação entre as hipóteses das alíneas referidas. 6. Recurso extraordinário provido.

Assim, sabendo que a imunidade tributária da alínea “b” do inciso VI do art 150 CF, se aplica perfeitamente aos patrimônios, ou seja, os automóveis, comecem-se nesse momento, a discutir sobre a possibilidade de tributação dos veículos de propriedade das igrejas e templos de qualquer culto, considerando que o poder de fiscalização do Estado não é suficiente para lastrar e controlar o uso dos carros dos líderes religiosos, bem como não tem como estabelecer um mecanismo que gerencie as doações dos carros às igrejas a título de oferta pelos fiéis, é um comportamento desordenado que acaba aumentando o patrimônio e o poder aquisitivo das igrejas.

2.4. POR QUE OS TEMPLOS RELIGIOSOS DEVEM PAGAR O IPVA?

Conforme observado, tem-se o entendimento que as instituições religiosas possuem a garantia e o direito a ter seus impostos imunes, sejam eles sobre o templo, seja ele sobre bens e serviços a elas ligados. É nesse sentido que observa a ideia marcante desse trabalho, cujo teor leva-se a crê que a imunidade desses templos religiosos necessita ser confrontada, visto que, ultimamente existe uma gama crescente dos números de processos de lavagem de dinheiro, na qual figura-se enquanto réu o segmento religioso.

O que é notado na análise da imunidade é que dizimos e ofertas que os templos religiosos recebem, não figuram enquanto um item da declaração de imposto de renda, o que torna mais difícil mensurar o quanto dinheiro entra nos templos e o que é feito com eles, logo, observa-se a lavagem de dinheiro, mas não se tem como calcular ao certo o quanto foi desviado e qual seria a trilha desse desvio.

A ideia que acaba por se formar é que existe uma necessidade de transparecer a entrada e saída do dinheiro dentro desses templos religiosos como forma de assegurar que o que recebem eles aplicam para assistência da estrutura física da igreja e dos fies. Nessa ideia, o portal da transparência, a qual se submete os entes federativos que também tem imunidade, aparece como um dos motores para a mudança de um quadro que vem se alastrando e alarmando a sociedade, a lavagem de dinheiro dos templos religiosos.

De uns tempos para cá observa-se o crescente número de denúncias e processos envolvendo dinheiro e templos religiosos. A acusação de desvio na atualidade vem a destacar um passado sombrio que faz parte da historicidade do Brasil, a relação entre poder e fé que sempre marcou o cenário brasileiro, nos dias atuais aparece em processos judiciais, ou seja, perpassou o âmbito das relações interpessoais e começou a atingi um dos cernes de sustentação da sociedade.

É nesta lógica que se entende o grande dilema que paira sobre a imunidade, pois o Estado é laico e como tal deve garanti a todos a liberdade religiosa, garantindo com isso que os templos não precisem arcar com os custos da devoção da população, mas até que ponto abonar impostos beneficia mais o devoto que privilegia o pregador?

2.4.1 FALTA DE CONTROLE DO ESTADO SOBRE O USO DOS VEÍCULOS DOS LÍDERES RELIGIOSOS

O Estado enquanto ente federativo que controla a nação, tem sob sua responsabilidade uma gama enorme de obrigações para com a sociedade dentre as quais, no caso em questão, se desentoa a ligação existente entre o Estado como ente garantidor e o Estado como ente fiscalizador. O Estado que garante aos templos religiosos a imunidade é o mesmo que necessita, devido ao cenário atual dessa garantia, fiscalizar; e como fazer isso sem que haja redução da garantia?

O fato de terem muitos templos religiosos espalhados pelo território nacional, principalmente de igrejas evangélicas dificulta muito no controle do que é feito com o dinheiro, visto que “*é impossível auditar as doações dos fiéis. E isso é ideal para quem precisa camuflar o aumento de sua renda, escapar da tributação e lavar dinheiro do crime organizado. É grave*”¹³⁶, A ideia de abranger tantos outros ambientes quanto carros com essa imunidade abre uma outra gama de dados que precisam ser fiscalizados, mas que não existe como acompanhar de perto se estas não estão inseridas no Portal da Transparência e nem precisam dá conta dos díizimos e ofertas mediante Imposto de Renda.

Entende-se que a incidência da Lei 2877/97 em seu art. 4º, inciso II “*O imposto não incide sobre os veículos de propriedade, II - dos templos de qualquer culto; (...)*” fornece a legalidade de se englobar diversos seguimentos de imunidade em um só direito que embora tenha várias fases, garante aos templos, por exemplo, além da liberdade religiosa a liberdade de ir e vir, sem qualquer tipo de restrição.”

O grande problema com a garantia dessa imunidade é que surge um liame tênue entre carros para uso dos templos, por exemplo aqueles que se destinam a auxílio de doentes, a levarem os fiéis para algum ato comunitário, entre outros; e aqueles que foram doados a igreja e servem de uso pessoal das pessoas responsáveis pelo templo. O que deve ser notado é que existe um abismo entre carros doados para o templo e carros doados para os líderes religiosos, os primeiros devem ser aqueles que se destinam a obra social e devem estar totalmente ligados ao proveito das necessidades dos fiéis, devendo, portanto, ter imunidade tributária; já os de segundo nível, devem pagar o IPVA, pois mesmo sendo obtidos graças ao cargo em que o líder religioso ocupa na igreja, este não está destinado ao uso coletivo, e sim pessoal.

2.4.2 DISPARIDADE ENTRE AS RELIGIÕES

Nos dias atuais, nota-se a divergência entre as religiões, na qual a principal é a que existe entre as de matrizes africanas e as de matrizes europeias, mas especificamente as cristãs. Essa discrepância é notada primeiramente na formulação quantitativa dos dados base dessa pesquisa, uma vez que se constata a facilidade de achar assuntos e pesquisas referentes a alguns tipos de religiões mais que a outros tipos, o que gera um questionamento do porquê, visto que é nítido a influência das religiões cristãs aqui no Brasil.

Na mesma medida em que influenciam, são elas as que mais se envolvem em escândalos envolvendo lavagem de dinheiro na atualidade, pois a medida que ganham destaque pelos inúmeros “milagres” que fazem em seus templos, mais atraem fiéis dispostos a ofertarem demasiadamente à espera de respostas as suas crenças. Neste sentido, tem-se que a

136 Fala do desembargador federal Fausto Martin De Sanctis.

divergência religiosa aparece desde toda a formalização do pedido de imunidade a aplicação, uma vez que é muito distante o vulto de dinheiro que entra em alguns templos religiosos e em outros.

Como não bastasse apenas isso, sabe-se que no Brasil há um nepotismo ou um certo tipo de dependência do estado com o cristianismo e catolicismo, tendo em vista, a representatividade destas religiões no Poder Legislativo – Congresso Nacional, e isso beneficia essas religiões. Esse favoritismo em algumas situações afeta significativamente no processo de concessão da imunidade tributária para religiões de outras matrizes minoritárias, como exemplo do espiritismo, candomblé e entre outras. A partir desse ponto, deve-se registrar o que a Constituição Federal de 1988, estabelece sobre esse certo vínculo do Estado com as religiões. Veja-se a transcrição do artigo 19 CF/88:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - Estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou suas representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

II - Recusar fé aos documentos públicos;

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si. (Grifou-se)

Contemplando esta disparidade é que se tem a necessidade de tratar os iguais de forma igual, e os desiguais na medida de sua desigualdade, para tal, deve-se entender que se necessita de uma intervenção burocrática do Estado dentro dos templos religiosos antes de tem a concessão dessa imunidade, o que se leva a um questionamento principal, porque se vê tantas igrejas e poucos templos de outras religiões? Porque justamente estes sofrem tanto com escândalos de lavagem de dinheiro? Perguntas que não são respondidas, mas que necessitam ter um controle maior por parte do Estado a fim de que se proporcione a igualdade.

2.4.3 CAPACIDADE CONTRIBUTIVA ELEVADA DOS TEMPLOS RELIGIOSOS

Neste diapasão, tem-se que os templos religiosos movimentam grande vulto de dinheiro durante o ano; dízimos e ofertas levantam um montante muito grande para a renda de cada templo, este dinheiro quando revertido para as funcionalidades a qual se destinam, provimento do templo e dos fiéis, tem sim cumprido suas funções, mas o que leva-se a preocupação é que quanto mais famoso for o templo mais atrai pessoas influentes e o dízimo destas movimentam um número muito alto de dinheiro que devem sim ser tributado para que não venham a gerar mais aparições de templos em escândalos de lavagem de dinheiro.

Observa-se que cada templo religioso deve ter sua realidade posta em pauta, para que para cada caso individual seja calculado um valor monetário que possibilite o sustento de todas as necessidades do templo e dos membros destes em específico para que após seja calculado

isso, tenha-se a possibilidade de mensurar o montante extra e este extra seja devidamente tributado, por isso a necessidade urgente de que os templos religiosos entrem no Portal da Transparência.

A inserção dos templos religiosos no Portal da Transparência equipara-se aos primeiros entes que possuem imunidade, que seriam os Entes Federativos, além de oferecer aos fiéis uma maior segurança, possibilitará ao Estado fiscalizar o montante que entra em cada templo para que se possa comparar com a necessidade do templo em ter todos aqueles bens.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse contexto teórico-normativo, pode-se verificar que a Administração Pública não pode manter vínculo de compromisso e dependência com nenhuma das religiões existentes no País, sejam elas de minoria ou maioria. Essa relação entre determinadas religiões de raízes protestantes e católica, fomenta a desigualdade em detrimento das religiões de minoria, indo de encontro com o que estabelece a Constituição Cidadã, que é a liberdade de crença e culto, sendo originária do estado democrático de direito.

Portanto, nota-se que o tratamento desigual por parte do estado às religiões no processo de concessão da imunidade tributária quanto ao pagamento de impostos, especificamente o IPVA, é uma violação primeiramente ao estado laico, e o princípio da igualdade, que veda qualquer distinção no tratamento aos brasileiros. No mais, observou-se o porquê os pastores e líderes devem efetuar o pagamento do IPVA, observando também a relação a não incidência de tributação e o abuso da imunidade tributária por meio do desvio de finalidade do uso dos veículos de propriedade religiosa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. SUBCHEFIA DE ASSUNTOS JURÍDICOS CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/CONSTITUIÇÃO/CONSTITUIÇÃO](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). HTM. ACESSO EM: 04 NOV. 2018.

_____. LEI Nº 2877 DE 22 DE DEZEMBRO DE 1997. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://GOV-RJ.JUSBRASIL.COM.BR/LEGISLACAO/90668/LEI-2877-97.HTM](https://gov.br/jusbrasil.com.br/legislacao/90668/lei-2877-97.htm). ACESSO EM 26 DE DEZEMBRO DE 2018.

FILHO, HORÁCIO RODRIGUES DA COSTA. A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS TEMPLOS DE QUALQUER CULTO. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://HORACIOFILHO.JUSBRASIL.COM.BR/ARTIGOS/130495631/A-IMUNIDADE-TRIBUTARIA-DOS-TEMPLOS-DE-QUALQUER-CULTO](https://horaciofilho.jusbrasil.com.br/artigos/130495631/a-imunidade-tributaria-dos-templos-de-qualquer-culto). ACESSO EM: 01 NOV. 2018.

FEDERAL. SUPREMO TRIBUNAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO : RE 325822 SP. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://STF.JUSBRASIL.COM.BR/JURISPRUDENCIA/771870/RECURSO-EXTRAORDINARIO-RE-325822-SP](https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/771870/recurso-extraordinario-re-325822-sp). ACESSO EM: 01 NOV. 2018.

MENDES, GILMAR FERREIRA; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 10. ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2015. 1470 P.

CONSTITUIÇÃO E TRIBUTAÇÃO: INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E AS MUDANÇAS SOCIOECONÔMICAS

Myrella Maria Balbino Ferreira (Direito/ UNINASSAU) 137

Resumo: O presente resumo tem o objetivo de analisar a Constituição, em conjunto com a tributação brasileira e mudanças ocorridas no decorrer da vigência do Código Tributário Nacional. A pesquisa foi desenvolvida através do método qualitativo, preocupando-se com a profundidade das informações e explicação das transformações sociais, bem como utilizando os métodos exploratório e descritivo. Como a inteligência artificial pode contribuir positivamente para a ordem social e eficácia na cobrança de impostos. A Constituição Federal é conhecida como a “Constituição Cidadã” por trazer em seu texto diversos direitos fundamentais. O título VI “Da Tributação e do Orçamento” presente na Carta Magna abarca as diretrizes do Sistema Tributário Nacional. A Comissão de Assuntos Econômicos do Senado (CAE) afirma que o Sistema Tributário é “complexo, regressivo, anticompetitivo, antiemprego, responsável por desequilíbrios federativos”. O secretário da Receita Federal, Jorge Rachid, diz que há “assimetrias e fragmentação do sistema”. O Brasil é o país com maior carga tributária da América Latina, de acordo com o estudo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o qual mostra que os brasileiros arcam com cerca de 33,3% de impostos sobre o Produto Interno Bruto (PIB), enquanto os Chilenos contribuem com 19,8% do PIB, sendo considerada a economia mais ajustada da América Latina. Com as mudanças na economia e na sociedade as necessidades já não são mais as mesmas da década de 80, na criação da Constituição, bem como no ano de 1965, com a criação do Código Tributário Nacional. A economia está sentindo os reflexos da evolução digital. A era digital iniciou no fim do século XX, tornando-se o marco da modernização da indústria. De acordo com o estudo “Impacto Socioeconômico da Tributação Digital no Setor Público”, encomendado pela Microsoft, “74% dos contribuintes da América Latina acreditam que o sistema fiscal federal necessita não apenas de uma modernização, mas de uma reengenharia total do processo por meio a integração de novas tecnologias. A mesma visão é compartilhada por 50% das agências reguladoras”. A proposta de inovação na arrecadação de impostos parte de três premissas: promover a eficiência tributária, ampliar a base de contribuintes e implementar novos métodos. A mais recente inovação é a Inteligência Artificial. Que pode contribuir para tornar a arrecadação mais eficiente, objetivando um sistema tributário mais moderno e menos obsoleto. Um bom exemplo é a Prefeitura Municipal de Caruaru, que utilizou

137Estagiária do escritório de advocacia Manuel Cavalcante & Advogados Associados. Acadêmica de Direito no Centro Universitário Maurício de Nassau. Email: myrellabalbino26@gmail.com.

a plataforma da MAiS Partners para comparar e cruzar dados e assim aumentar a receita da cidade. Diante do exposto, observamos que no decorrer desses 30 anos da Constituição e 52 anos do Código Tributário Nacional, ocorreram diversas mudanças sociais, econômicas, inclusive, estamos em processo de transformação. Esperamos que a tecnologia auxilie cada vez mais no desenvolvimento de uma tributação justa, moderna e eficaz.

Palavras-chave: Constituição. Tributação. Inteligência artificial. Tecnologia. Mudanças.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the Constitution, together with Brazilian taxation and changes occurring during the validity of the National Tax Code. The research was developed through the qualitative method, concerned with the depth of information and explanation of social transformations, as well as using the exploratory and descriptive methods. How can artificial intelligence contribute positively to social order and effectiveness in tax collection? The Federal Constitution is known as the "Citizen Constitution" for bringing in its text several fundamental rights. Title VI "Taxation and Budget" in the Constitution covers the guidelines of the National Tax System. The Senate Economic Affairs Commission (CAE) says that the Tax System is "complex, regressive, anti-competitive, anti-employment, responsible for federative imbalances." Federal Revenue Secretary Jorge Rachid says there are "asymmetries and fragmentation of the system". Brazil is the country with the highest tax burden in Latin America, according to a study by the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), which shows that Brazilians hold about 33.3% of taxes on Domestic Product Gross Domestic Product (GDP), while Chileans contribute 19.8% of GDP, being considered the most adjusted economy in Latin America. Due the changes in the economy and society, the needs are no longer the same as in the 1980s, in the creation of the Constitution, as well as in 1965, with the creation of the National Tax Code. The economy is feeling the reflexes of digital evolution. The digital age began at the end of the 20th century, becoming the mark of modernization of the industry. According to the study commissioned by Microsoft, "74% of Latin American taxpayers believe that the federal tax system needs not only a modernization but a total re-engineering of the process through the integration of new technologies. The same view is shared by 50% of regulatory agencies. "The proposal of innovation in the collection of taxes starts from three premises: to promote the tax efficiency, to broaden the base of taxpayers and to implement new methods. The latest innovation is Artificial Intelligence that can contribute to making collection more efficient, aiming at a more modern and less obsolete tax system. A good example is the Municipality of Caruaru, which used the platform of MAiS Partners to compare and cross data and to increase the revenue of the city. In view of the above mentioned context, we observed that during the 30 years of the Constitution and 53 years of the National Tax Code, several social and economic changes

occurred, including, we are in the process of transformation. We hope that technology will increasingly assist in the development of fair, modern and effective taxation.

Keywords: Constitution. Taxation. Artificial Intelligence. Technology. Changes.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico enfoca a temática das mudanças socioeconômicas decorrente do advento da inteligência artificial e sua influência no Sistema Tributário Nacional. Para tal, estabelece como ponto de partida o estudo das duas principais Constituições da história, do Império (1824) e a em vigência (1988).

Nesse contexto, apresenta-se o surgimento do Código Tributário Nacional em 1966, que cumpre o seu papel de lei complementar, completando a Constituição Federal no que tange a matéria tributária. Composto por 218 artigos, repleto dos mais diversos impostos e longe de garantir igualdade entre os contribuintes, bem como justa arrecadação. Justiça fiscal não combina com arrecadação regressiva.

Observa-se que o mundo está cada vez mais moderno e inovador. Estamos na era da inteligência artificial, uma vez que as máquinas vêm ganhando grande importância nos diversos setores da economia. Um bom exemplo é a robô Sophia, conhecida como embaixadora da inteligência artificial. É a robô humanóide mais avançada e inteligente do mundo, suas expressões faciais semelhantes às humanas e sua simpatia encantam a todos. Em 2017 recebeu a cidadania árabe. Outro exemplo de inovação são as plataformas virtuais capazes de cruzar inúmeros dados de empresas e aumentar a produtividade.

Alguns benefícios da inteligência artificial para empresas seriam a arrecadação de impostos através de um sistema moderno, seguro e simples, contribuindo para a justiça social. Isso evitaria que pequenas empresas contribuíssem da mesma forma que grandes empresas. Incentivo à ser adotado o sistema progressivo de arrecadação. Ela também contribui para melhoria contínua da produção das empresas.

Diante disso, busca-se mostrar o Sistema Tributário Nacional sob a ótica da inteligência artificial, ainda recente, mas como uma forma de auxiliar nas mudanças que devem ocorrer na tributação brasileira em busca de uma reforma fiscal e assim trazer inúmeros benefícios.

1. DA HISTÓRIA DAS CONSTITUIÇÕES

Ditadura – derivado do latim “dicere” e do indo-europeu “deik”. Ditadura é sinônimo de impor ideias ou condutas, determinar. Em muitos momentos da história os regimes de governo vivenciados foi o ditatorial. A democracia é nova. É o anseio de uma sociedade oprimida. A liberdade democrática foi alcançada após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Foram sete constituições brasileiras. Uma no império, em 1824 e seis na república, entre 1891 e 1988.

1.1 MONÁRQUICA E ESCRAVISTA – 1824

Não havia constituição até a chegada da família portuguesa no Brasil, em 1808. Cogitava-se a composição de eleições para criar uma representação, com a junção dos interesses da metrópole e da colônia. Ocorre que, os interesses políticos eram diversos.

D. Pedro I decidiu permanecer em terras brasileiras e assim foi coroado protetor e defensor perpétuo do Brasil, concedido pelo Senado da Câmara do Rio de Janeiro, em 1822. Assim, nesse mesmo ano convocou uma assembleia constituinte, ganhando força após a independência. Sua primeira atribuição era de formular a Constituição.

Entre os eleitos para redigir o texto constitucional estavam os irmãos Andradas – José Bonifácio, Antônio Carlos, Martim Francisco – os quais buscavam garantir os direitos dos cidadãos e criar obstáculos à tirania do parlamento. Denota-se que esse projeto contrariava os ideais do imperador, bem como de toda assembleia. Os militares clamavam pela expulsão dos Andradas do governo. Os soldados prenderam diversos parlamentares, entre eles Antônio Carlos. O poder do império prevaleceu e a Constituição foi desfeita.

Em março de 1824 D. Pedro I outorga a primeira Constituição, sendo ela monárquica e escravista, não havendo sugestões nem opiniões de parlamentares e muito menos o desejo da população. Tão logo seus 179 artigos refletiam o poder imposto pelo imperador. Segundo Paulo Bonavides e Paes de Andrade (2008, p. 563) “maquinavam planos subversivos e úteis aos seus fins sinistros, ganhavam uns de boa-fé e ingênuos com as lisonjeiras ideias de firmar mais liberdade, esse ídolo sagrado sempre desejado e a mais das vezes desconhecidos”

No discurso que o Imperador pronunciou durante a abertura da Constituinte, deixou bem claro o seu recado aos deputados:

Uma Constituição, em que os três poderes sejam bem divididos de forma que não possam arrogar direitos, que lhes não compitam, mas que sejam de tal modo organizados, e harmonizados, que se lhes torne impossível, ainda pelo decurso do tempo, fazerem-se inimigos, e cada vai mais concorram de mãos dadas para a a felicidade geral do Estado. (...) Espero, que a Constituição, que façais, mereça a Minha Imperial Aceitação, seja tão sábia, e tão justa, quanto apropriada à localidade, e civilização do Povo Brasileiro (...). (DOM PEDRO I, 1824).

As eleições eram indiretas e nem todos poderiam votar, apenas maiores de 25 anos, livres e com renda mínima anual. Os escravos, criminosos e criados estavam excluídos. O artigo 94 da presente Constituição era claro quanto à renda mínima: 200 mil-réis, em torno de 25 mil reais nos dias atuais. O mandato dos senadores era vitalício. O imperador agregou os

recursos financeiros da família real com os recursos dos cofres públicos, bem como os terrenos e construções, sendo todos os bens pertencentes aos seus sucessores.

A Constituição de 1824 foi repleta de desigualdades e ironias, coberta pelo desejo do imperador, o qual se sentia dono do país. A igualdade entre os povos ainda era utopia e a democracia estava longe de ser alcançada.

1.2 REPUBLICANA E DEMOCRÁTICA – 1988

É a atual Constituição do Brasil, criada na transição do autoritarismo para a democracia. Elaborada pela Assembleia Constituinte, onde estavam presentes 559 parlamentares. Seu texto é formal, escrito, dogmático, analítico e rígido. Poucas alterações podem ser feitas pelas Emendas Constitucionais, salvo as matérias que são Cláusulas Pétreas, ou seja, limites materiais ao poder de reforma, assuntos que não podem ser alterados, dispostos no artigo 60, § 4º, sendo eles: forma federativa de Estado; voto direto, secreto, universal e periódico; separação dos Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário e os direitos e garantias individuais.

A Carta Magna trouxe diversos direitos e garantias. Expandiu os direitos trabalhistas, reduzindo a jornada de trabalho de 48 horas para 44 horas semanais, garantiu o décimo terceiro salário para aposentados e o direito a greve, bem como a liberdade de expressão sem censura, dentre outros. É conhecida como a “Constituição Cidadã”.

2. DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL E A REGRESSIVIDADE DO SISTEMA

Com a criação da Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE em 1959, a industrialização e desenvolvimento regional aceleraram e assim as despesas se tornaram maiores que as receitas. Entre 1962 e 1963 o déficit do Tesouro Nacional já era alto, ultrapassando 4% do Produto Interno Bruto – PIB. A inflação anual atingiu a marca de 74%. O Sistema Tributário Nacional não era mais eficiente para combater o desequilíbrio nas contas do Fisco. O país estava enfrentando uma crise econômica. Era necessário uma reforma fiscal, uma organização nos diversos fatores e setores da economia brasileira. De acordo com Ulhôa Canto (1963) “[...] o fisco brasileiro perdeu toda espiritualidade [...]”.

No final deste mesmo ano, foi criada a Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda tendo o objetivo de reorganizar a Administração Fiscal Federal. Uma das alterações foi a reformulação do imposto de consumo para a criação do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). O fim da reforma foi marcado pela Emenda Constitucional nº 18/95 e a criação do Código Tributário Nacional (CTN) em 25 de Outubro de 1966. No final dos anos 60 os cofres públicos já tinha se restabelecido.

Ao longo dos anos a União Federal traçou diversas estratégias, sendo uma delas concessão de benefício. Em contrapartida, limitou os Estados no poder de tributar para não interferir na

autonomia do maior ente federativo. Intensificou a arrecadação do Imposto de Renda (IR) e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). Era visível a regressividade da tributação. A Assembleia Nacional Constituinte de 1987 foi responsável pelo estabelecimento de comissões para elaborar temas a serem tratados em um novo texto constitucional. O processo foi democrático e participativo, o que não ocorreu nas Constituições passadas. O resultado dos trabalhos deu origem a Constituição Federal de 1988. Um dos seus capítulos abarca as diretrizes do Sistema Tributário Nacional, intitulado com “Da Tributação e do Orçamento”.

3. “CAPÍTULO I - DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL”¹³⁸

A República herdou do Império grande parte da estrutura tributária. Como diz sabiamente Ricardo Varsano (1996, p. 02) “os impostos discriminados na Constituição são tributos sobre o comércio exterior ou impostos tradicionais sobre a propriedade ou sobre a produção e as transações internas”.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu texto dois capítulos exclusivos para a tributação, perpassando por oito seções. Entre altos e baixos, o governo brasileiro estabeleceu metas e estratégias que oneram o contribuinte. O Sistema Tributário atual é “complexo, regressivo, anticompetitivo, antiemprego, responsável por desequilíbrios federativos”, de acordo com um estudo feito pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado (CAE).

Diante desse cenário, é inevitável o debate de soluções para a melhoria da tributação brasileira. O Direito é dinâmico e acompanha as mudanças e reflexos da sociedade.

4. DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A relação entre o homem e a máquina teve origem na Revolução Industrial. De maneira gradual o trabalho manual foi sendo substituído pelos grandes maquinários e ao longo das etapas da Revolução diversas inovações tomaram forma, como a criação da máquina a vapor, de motores e a utilização da energia elétrica.

Destarte, atingimos a era da tecnologia. Muito se fala em inteligência artificial. Esse termo foi criado em 1956, tornando-se popular atualmente, haja vista o desenvolvimento de dados, o aperfeiçoamento de softwares e o avanço dos algoritmos. Em 1960, o departamento de defesa dos Estados Unidos, responsável por coordenar e supervisionar a segurança nacional e as forças armadas do país, treinou computadores para imitar o raciocínio humano. A Statistical Analysis System¹³⁹ descreve perfeitamente essa inovação:

¹³⁸ Título extraído da Constituição Federal de 1988.

¹³⁹ Companhia líder mundial em análise de dados, constituída em Março de 1976, com clientes em mais de 140 países. Sua visão é transformar um mundo de dados em um mundo de inteligência.

A inteligência artificial (IA) possibilita que máquinas aprendam com experiências, se ajustem a novas entradas de dados e performem tarefas como seres humanos. A maioria dos exemplos de IA sobre os quais você ouviu falar hoje – de computadores mestres em xadrez a carros autônomos – dependem de deep learning e processamento de linguagem natural. Com essas tecnologias, os computadores podem ser treinados para cumprir tarefas específicas ao processar grandes quantidades de dados e reconhecer padrões nesses dados (SAS, 2018). Em 2003, a Defense Advanced Research Projects Agency (DARPA) desenvolveu assistentes pessoais inteligentes. Em 2010, a Apple Inc. adquiriu a Siri, um aplicativo de assistente pessoal para sistemas iOS, macOS e watchOS, que utiliza a linguagem humana para se comunicar com as pessoas, respondendo a perguntas e sugerindo ações.

4.1 Robô Sophia

Foi criada em 2016 pelo americano David Hanson. É a robô humanóide mais avançada e inteligente do mundo, suas expressões faciais são semelhantes às humanas. David criou uma série de robôs para desenvolver funções úteis à sociedade, mas Sophia foi a que melhor apresentou três características essenciais pretendidas por ele: criatividade, empatia e compaixão. Seu rosto é formado por látex e possui uma câmera no peito para identificar quando alguém se aproximar.

Segundo o site El País:

Sophia pode manter dois tipos de conversa: papos casuais, que envolvam troca de informações básicas entre ela e seu interlocutor e nos quais as respostas não levam especificamente a um tema; e diálogos mais complexos, com argumentos previamente programados em seu HD. Ela aprende com ambos os processos. E improvisa diante de perguntas que não sabe responder. Algumas respostas não têm muito sentido, mas, na maioria das vezes, ela é capaz de surpreender com raciocínios lógicos, organizados e argumentativos. (CORONA, 2018).

A Arábia Saudita, em 2017, concedeu à Robô Sophia cidadania árabe. Quando recebeu ela agradeceu e respondeu: “Fiquei surpresa [quando recebi a cidadania]. Sendo robô, meus criadores me fizeram como uma cidadã do mundo. Espero que isso seja um sinal de que a Arábia Saudita realmente busca progredir no futuro”. Ela é embaixadora da inteligência artificial.

4.2 TECNOLOGIAS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

4.2.1. MACHINE LEARNING:

É o que chamamos de “aprendizado de máquina”. É o ramo da inteligência artificial e subcampo da ciência da computação em que os sistemas aprendem e tomam decisões de

¹⁴⁰ Agência de projetos de pesquisas, criada em 1958, por militares e pesquisadores americanos, numa reação dos Estados Unidos à vitória tecnológica da União Soviética com o lançamento do primeiro satélite artificial.

forma autônoma, através da análise de dados de suas experiências. A intervenção humana é mínima. O Machine Learning não reproduz os comportamentos humanos, mas aprende com eles para desempenhar atividades melhores e aplicá-las de melhor forma ao contexto. Tomemos como exemplo a palavra manga. O sistema irá analisar dados anteriores, como histórico de pesquisas, e irá identificar se o resultado deve ser equivalente ao significado de manga de camisa ou a fruta manga. As recomendações na Amazon ou Netflix é outro exemplo de Machine Learning.

4.2.2 DEEP LEARNING

É o “aprendizado profundo”. Derivada da Machine Learning, porém diferente, essa tecnologia possibilita o desenvolvimento de atividades semelhantes a dos seres humanos, como o reconhecimento de falas. A Siri, assistente virtual da Apple Inc. e o google translate, aplicativo de tradução, são ferramentas à base da Deep Learning.

Com uma abordagem inovadora, essa tecnologia dispensa pré-processamento, gerando automaticamente propriedades hierárquicas. Melhoria nos resultados de pesquisas online, reconhecimento de imagens e falas, análise de sentimentos em redes sociais, são algumas das finalidades desse ramo da inteligência artificial.

4.2.3 VISÃO COMPUTACIONAL

As máquinas são treinadas para interpretar o mundo visual, através da análise de imagem de câmeras e vídeos. É como as máquinas “enxergam”. Os sistemas replicam a visão humana e assim podem operar atividades muito complexas como ver nitidamente no escuro e através de paredes ou atividades simples do dia a dia como identificar um objeto, podendo superar a visão humana.

Quando um objeto é arremessado de uma pessoa à outra o cérebro precisa processar para que os olhos humanos identifiquem o que está vindo em sua direção. Esses movimentos são rápidos e inconscientes. A máquina tem capacidade para aprender e reproduzir os movimentos ainda mais rápidos e precisos que o humano.

4.3 POSSÍVEL IMPACTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO SISTEMA TRIBUTÁRIO

Essa tecnologia transformará as empresas e indústrias. Com todos os benefícios e eficácia demonstrados nas seções anteriores é possível identificar soluções para o atual sistema tributário. De forma positiva, o vice-presidente do setor público da Microsoft Brasil, acredita que essa tecnologia é capaz de melhorar a arrecadação tributária:

Acreditamos que a Transformação Digital, a partir de recursos de Nuvem, Análise de Dados, Inteligência Artificial e Mobilidade, entre outros, pode contribuir para a criação de um modelo de arrecadação mais eficiente. É possível alcançar uma gestão tributária mais equilibrada. O

resultado dessa mudança levará a um impacto social e econômico, ampliando os recursos disponíveis para investimento em áreas essenciais e melhorando a experiência dos contribuintes. (ANDRADE, 2018).

A inteligência artificial pode promover a arrecadação de impostos através de um sistema seguro, moderno e simples, tanto as agências arrecadadoras como os contribuintes podem satisfazer-se de uma arrecadação sem fraudes de pagamentos bem como transparência na finalidade do recolhimento dos impostos, respectivamente. Desse modo, a cobrança de impostos será por um sistema progressivo, sem ferir o princípio constitucional da igualdade. Pequenas e grandes empresas irão contribuir de forma equivalente as suas receitas, as alíquotas não serão as mesmas para empresas diferentes.

Outro benefício é a melhoria contínua na qualidade da produção das empresas, através de sistema que aceleram os cruzamentos de dados entre empresas matriz e filiais, por exemplo, softwares que deixam os serviços manuais mais céleres.

4.4 RESULTADO BRASILEIRO

4.4.1. PREFEITURA MUNICIPAL DE CARUARU

A Prefeitura utilizou a plataforma da MAiS Partners, serviço de consultoria desenvolvido para solucionar problemas através da metodologia de gestão e conhecimentos estatísticos, gerando soluções com excelência, para comparar e cruzar dados e assim aumentar a receita da cidade.

Através de recursos como o Machine Learning – “aprendizado de máquina” – a MAiS Partners cria um modelo de arrecadação mais eficiente, promovendo ajustes na arrecadação de impostos, sem precisar criar novos tributos ou aumentar alíquotas.

A meta de arrecadação em Caruaru era de R\$ 13,6 milhões, o resultado atingido até a metade desse ano foi de R\$ 22 milhões de reais. Segundo a prefeita Raquel Lira (2018):

Aqui em Caruaru a primeira consultoria que a gente recebeu foi na área de equilíbrio fiscal, batemos as metas, com o apoio da consultoria MAiS em parceira com a comunitas, e a gente “tá” conseguindo a partir do equilíbrio fiscal do nosso município abrir as portas para investimentos nas áreas finalísticas, nas áreas de educação, saúde, segurança e infraestrutura. Vamos continuar trabalhando, ajustando as contas para chegar mais no povo. Em síntese, entende-se que a troca de informações entre as agências reguladoras, as agências arrecadadoras e os contribuintes, com base em um processo de arrecadação simples, transparente e seguro contribui para a eficiência tributária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que o mundo está sofrendo mudanças socioeconômicas e o Direito, por ser dinâmico, acompanha essas mudanças. Assim, com todo o contexto atual, é notório a

necessidade de uma reforma fiscal e com ela diversas melhorias como: eficiência, simplificação, transparência e redução da carga tributária. A inteligência artificial vem para contribuir de forma positiva, através de plataformas inteligentes e modernas. Esperemos por uma reforma justa e eficaz.

REFERÊNCIAS

CORONA, SONIA. ROBÔ SOPHIA: “OS HUMANOS SÃO AS CRIATURAS MAIS CRIATIVAS DO PLANETA, MAS TAMBÉM AS MAIS DESTRUTIVAS”. MÉXICO, 2018. DISPONÍVEL EM: <[HTTPS://BRASIL.ELPAIS.COM/BRASIL/2018/04/06/TECNOLOGIA/1523047970_882290.HTML](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/06/tecnologia/1523047970_882290.html)>. ACESSO EM: 23 DE DEZ. DE 2018.

IPEA - REPOSITÓRIO DO CONHECIMENTO. A EVOLUÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO AO LONGO DO SÉCULO: ANOTAÇÕES E REFLEXÕES PARA FUTURAS REFORMAS. RIO DE JANEIRO, 1996. DISPONÍVEL EM: [HTTP://REPOSITORIO.IPEA.GOV.BR/BITSTREAM/11058/1839 /1/TD_0405.PDF](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1839/1/TD_0405.pdf). ACESSO EM: 12 DEZ. 2018.

LENZA, PEDRO. DIREITO CONSTITUCIONAL ESQUEMATIZADO. SÃO PAULO: SARAIVA, 2016.

MAIS. MAIS MUNICÍPIOS, c2018. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.MAIS-RESULTADOS.COM/](https://www.mais-resultados.com/). ACESSO EM: 26 DEZ. 2018.

MICROSOFT NEWS CENTER BRASIL. TRANSFORMAÇÃO DIGITAL DE SISTEMAS TRIBUTÁRIOS COM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E NUVEM PODE CRIAR MODELO FISCAL MAIS EFICIENTE, 2018. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://NEWS.MICROSOFT.COM/PT-BR/TRANSFORMACAO-DIGITAL-DE-SISTEMAS-TRIBUTARIOS-COM-INTELEGENCIA-ARTIFICIAL-E-NUVEM-PODE-CRIAR-MODELO-FISCAL-MAIS-EFICIENTE/](https://news.microsoft.com/pt-br/transformacao-digital-de-sistemas-tributarios-com-inteligencia-artificial-e-nuvem-pode-criar-modelo-fiscal-mais-eficiente/). ACESSO EM: 23 DEZ. 2018.

NASCIMENTO, PAULO C. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL. SÃO PAULO: UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS, 2001. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.UNICAMP.BR/UNICAMP/UNICAMP_HOJE/JU/JORNAL PDF/JU170_P04.PDF](http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/jornal_pdf/ju170_p04.pdf). ACESSO EM: 18 DE DEZ. DE 2018.

SAS – THE POWER TO KNOW. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, c2018. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.SAS.COM/PT_BR/INSIGHTS/ANALYTICS/INTELEGENCIA-ARTIFICIAL.HTML#HISTORY](https://www.sas.com/pt_br/insights/analytics/inteligencia-artificial.html#history). ACESSO EM: 22 DEZ. 2018.

VILLA, MARCO ANTÔNIO. A HISTÓRIA DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS. SÃO PAULO: EDITORA TEXTO EDITORES LTDA, 2011.

POLITICA DE INGERENCIA: O FRACASSO DA RETRIBUIÇÃO FISCAL/SOCIAL SOBRE A BASE DA CORRUPÇÃO

Fernanda Maria do Nascimento (Direito, UNINASSAU)¹⁴¹

Maxwel de Oliveira Freitas (Direito, UNINASSAU)¹⁴²

RESUMO: Em síntese, o presente artigo visa a análise da capacidade que o Brasil goza para uma retribuição social com qualidade. De início, apresenta-se um resumo de ideias centrais acerca da história do tributo, seguido do papel que este detém e sua influência nas despesas do governo. Em seguida, apresenta-se se analisa os sistemas progressivo e regressivo de arrecadação de tributos, tecendo críticas a este último. Após isto, apresentam-se dados estatísticos comparando a carga tributária do Brasil com outros países. Por fim, apresentam-se algumas considerações acerca da justiça fiscal.

Palavras-chave: Sistemas progressivo e regressivo. Carga tributária. Justiça fiscal.

ABSTRACT: In summary, this article aims to analyze the capacity that Brazil enjoys for a social retribution with quality. At the outset, a summary of central ideas about the history of the tribute is presented, followed by the role of the tribute and its influence on the expenses of the government. Afterwards, it is analyzed the progressive and regressive systems of tax collection, criticizing the latter. After this, statistical data are presented comparing the tax burden of Brazil with other countries. Finally, some considerations about tax justice are presented.

Keywords: Progressive and regressive Systems. Tax Burden. Tax Justice.

INTRODUÇÃO

Observando a esteira dos princípios sustentados pela constituição Pátria em comparação ontológica ao que confere o Sistema Tributário Nacional, percebe-se a certa discrepância com a ordem constitucional vigente. A medida da lógica constitucional institucionalizada no princípio da isonomia observa-se fraturada na importância da tributação pela regra que se depreende nos tributos indiretos, onde a mensuração da capacidade tributária é omissa, apartado da ideologia plantada pela Constituição Pátria. Dito isto e pensado na capacidade

¹⁴¹ Graduanda em direito, UNINASSAU, fernandamaria.direito@gmail.com

¹⁴² Graduando em direito, UNINASSAU, maxwelfreitas@outlook.com

contributiva quanto ao seu aspecto objetivo de incidência tributária, verifica-se que cabe ao legislador atribuir a incidência de determinado tributo sobre o fato que gera mais ganho ao Estado, ou seja, o fato e os aspectos mais rentáveis devem ser os alvos dos tributos, não o contrário, afinal, é o que prega o sistema progressivo. Porém, o Brasil ainda tende a manter vigente a lógica do sistema regressivo de arrecadação de tributos, não alcançando devidamente uma arrecadação melhor. Arelado a isto, a corrupção generalizada traz parcela de contribuição para que os recursos públicos já escassos se tornem quase nada diante da demanda que a sociedade apresenta.

Com isto e diante de uma sociedade onde o governo se utiliza dos impostos para a sua manutenção, é possível, por oportuno, haver possibilidade da tributação com base no mínimo existencial, assegurando, todavia, o Estado, a permanência dos direitos individuais e coletivos à Sociedade? Os serviços prestados pelo Estado permanecerão com a qualidade necessária? A corrupção se torna o ralo dos recursos públicos, gerando uma onerosidade excessiva dos serviços públicos?

Assim, o presente trabalho visa analisar a efetividade do Estado no cumprimento da erradicação da pobreza e desigualdade sociais e regionais, objetivo da República Federativa do Brasil; ainda pretende discutir a (In) justiça do Sistema Tributário Regressivo, bem como verificar se o peso da carga tributária contribui para tornar os contribuintes inadimplentes ou sonegadores de impostos. Pretende-se, ainda, observar a concretização dos direitos individuais e coletivos pelo Estado perante a insuficiência dos recursos públicos; por fim, visa discutir a corrupção como fator preponderante no escoamento dos recursos públicos.

Pretende-se demonstrar que o Brasil, embora não disponibilizando um serviço com a qualidade necessária e sendo falho no cumprimento dos objetivos da República Brasileira, tem a capacidade de cumprir tais objetivos, concedendo uma prestação Estatal com a devida qualidade e eficiência. Almeja-se, ainda, demonstrar que a corrupção vem crescendo e se torna o empecilho para se vir cumprida todas as intenções da Constituição Pátria, visto que o Brasil arrecada o suficiente para isso.

Por fim, o presente estudo teve desenvolvimento diante do volumoso debate bibliográfico no tocante à corrupção como fator preponderante do fracasso da retribuição fiscal e social para a sociedade, bem como a má gerência da máquina pública e falta de políticas pública direcionadas as minorias, utilizando-se do método analítico e descritivo, ao observar a graduação anual da corrupção sobre os recursos públicos, de tal modo a causar insuficiência financeira para a garantia dos direitos fundamentais com a referida qualidade. Utilizamos-nos do método qualitativo, onde foi observada a ineficácia do Estado Brasileiro em erradicar a pobreza, as desigualdades sociais e regionais, e ainda explorando o método quantitativo, analisando os dados estatísticos indicadores do percentual da corrupção no Brasil nos últimos

anos, bem como dados estatísticos de tributos arrecadados no Brasil em comparação aos países ricos e desenvolvidos.

1. BREVE DISCUSSÃO HISTÓRICA DO TRIBUTO

Tendo como característica primordial a imposição do tributo à sociedade por meio do poder de Estado, parece viável o entendimento de que tributo, como se entende hoje, é percebido juntamente com o nascimento do Estado. Assim, (DUARTE, 2015, p. 36):

O Estado é a mais complexa das organizações criadas pelo homem. Pode-se até mesmo dizer que ele é sinal de um alto estágio de civilização. Nesse sentido o Estado aparece num momento histórico bem preciso (Séc. XVI). Não se nega que a Antiguidade Clássica (As cidades gregas e o império romano) já apresentasse sinais percussores dessa realidade. Todavia, preferem autores localizar o seu aparecimento no início dos tempos modernos, uma vez que só então, em última análise, se reúnem, nas entidades políticas assim denominadas, todas as características próprias do Estado, quais sejam, um povo, um território e um poder soberano.

Não obstante a isso, o entendimento de que o tributo nasce com o surgimento do Estado, parece falida diante do fato de que o Brasil-colônia detinha e se utilizava de tal poder para instituir tributos do povo. A propósito, a esta época, lembre-se que o imperador se utilizava de tributos (chamados de quinto - quinta parte de tudo produzido) para que se visse financiado os projetos colonizadores dos portugueses sobre o Brasil, e as suas cobranças eram por meio da chamada “derrama”, sendo, em melhores palavras, um tipo de juros de mora nos tempos atuais.

Em complemento a isso, alerta-nos SEMEGHINI (A origem da Tributação no Brasil) que no Brasil-Colônia, “nos primórdios, as prestações eram dadas em forma de parte da matéria produzida, por não haver moeda à época”, assim, temos que lembrar que os tributos ainda sim, eram em dinheiro, pois, as matérias produzidas – da agricultura, pecuária ou qualquer outra fonte de renda – eram tidas como dinheiro à época. Frise-se que até hoje ainda há discussão acerca da possibilidade de haver atribuído o caráter de tributo às prestações in natura e in labore; Paulo de Barros Carvalho e Alfredo Augusto Beker, a exemplo, seguem-na linha de defesa, enquanto outra parcela advoga contra.

Fato é que o tributo já foi pago com parcelas com naturezas diversa da que se entende hoje por dinheiro, já que àquela época, o trabalho e os produtos-primos eram as moedas de trocas, o considerado “Escambo”.

Com a instituição do Estado Moderno, o tributo deixou de ser aquela prestação direcionada para o aproveitamento quase que único dos colonizadores e passou a ter uma função social,

qual seja a de um instrumento hábil a conceder ao Estado as armas suficientes para provocar a igualdade social, econômica e entre outras áreas que o cidadão menos afortunado leva desvantagem.

Falando de história, atenção merecida ganha a Constituição Federal de 1946, a qual traz em seu bojo o princípio da Capacidade Contributiva, sendo este um dos pilares principais do Direito Tributário. Acerca de tal quesito, complementa ainda BARROS (A EVOLUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E OS REFLEXOS NO ATUAL REGIME TRIBUTÁRIO DE ENERGIA ELÉTRICA):

A Constituição de 1946 ofereceu uma nova forma de discriminação das rendas tributárias, estruturando-se, essencialmente, em alguns fundamentos básicos: a coexistência de um sistema tributário autônomo para cada unidade da federação, ou seja, União, Estados e Municípios, e a aceitação legal de uma classificação jurídica dos impostos. Os valores a serem cobrados na forma de impostos passaram a ser calculados com base nos custos e despesas do ano fiscal anterior.

Lembra, ainda, a mesma autora que já na Constituição de 1988, o cenário político tributário é alterado novamente, pois “com o advento da Constituição de 1988, vislumbraram-se três regras essenciais, quais sejam: dos princípios gerais da tributação; das limitações ao poder do Estado de tributar; e da classificação e distribuição das competências tributária”, lembrando que entre os princípios gerais da tributação várias garantias foram escancaradas ao contribuinte, como o princípio da legalidade, anterioridade, noventa entre outros que fazem com que se dê espaço a limitação e fiscalização do Estado diante de uma eventual ação tributária ativa.

2. O PAPEL DO TRIBUTO

Ainda não podemos nos distanciar do entendimento de que os tributos portam conceito e finalidades; esta já nasceu desde a sua origem. A finalidade, portanto, seria expressa, de modo geral, no abastecimento dos cofres do tesouro público com valores suficientes para a permanência da existência do Estado e suas operações (*Finalidade fiscal*). O tributo pode, ainda, incidir com vista a evitar atividades lesivas ao setor econômico, social, ambiental, financeiro ou qualquer diversa, a exemplo do aumento das alíquotas do cigarro, com vista a desestimular a compra deste e prevenir a saúde pública, este é o caráter da *extrafiscalidade*. Já o conceito da *parafiscalidade* está contido no entendimento de que este deve ser arrecadado para custear entidades que, inicialmente, não integram funções próprias do Estado, a exemplo do SESC, SENAI entre outras entidades.

Observado isto, (DUARTE, 2015) entende que da relação tributária nasce a limitação tributária por meio do orçamento que o Governo deve fazer. Assim, em comparação entre os aspectos orçamentários e de eficiência, é possível identificar três aspectos fiscais que são utilizados pelo governo: alocativa, a distributiva ou redistributiva e a estabilizadora. Melhor dizendo, é necessário o tributo para a subsistência do Estado, e a existência do tributo gera a necessidade de um limite, o qual será exercido por meio do orçamento feito pelo governante; é mera relação de necessidade entre o tributo e o orçamento.

Frisamos, também, que estas funções estão ligadas mais às questões de caráter administrativo/gerencial e de planejamento. Esta função tende a ser mais vinculada à técnica de orçamento-programa, apregoando a lógica de que as políticas públicas são espectros do orçamento, de modo que é possível analisar tais políticas ao olhar as finalidades dos gastos. De pronto, nasce a ideia da *Função alocativa*, acrescentando o entendimento de que é necessário planejamento de prioridades, visto que os recursos públicos são limitados e as demandas são diversas e cada vez mais crescentes; *Da Função distributiva ou redistributiva*, entendemos ser aquela política mais humanitária, pois esta apregoa uma política direcionada à distribuição de rendas, proporcionando a garantia do cumprimento dos objetivos constitucionais marcados no artigo 3º da Carta mãe; por fim, a *Função estabilizadora*, apregoando a notícia de que as políticas públicas podem vir com tal função proporcionando o desenvolvimento nacional de modo estratégico, como o exemplo clássico da redução do IPI sobre os veículos como estratégia de estimular o consumo, estabilizar o emprego, promover o crescimento econômico interno, desenvolvimento do setor produtivo entre tantas outras técnicas a serem utilizadas.

Assim, da relação de tributo e orçamento nasce outras funções que podem desenvolver cunho de fiscalidade em si. Diante de tudo, percebe-se que o tributo não possui apenas as suas funções fiscal, extrafiscal e parafiscal, mas também possui suas áreas afetas, cujas incidências são acidentais e que passam a proporcionar uma relação com a função do próprio tributo.

3. SISTEMA PROGRESSIVO E REGRESSIVO

Embora o artigo 145, §1º da Constituição Federal de 1988 estabeleça que os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, isto está bem distante de acontecer, pois o que se percebe é um sistema regressivo ao invés de um sistema progressivo como ocorre nos países de “primeiro mundo”, como por exemplo, Estados Unidos, Japão e outros países europeus.

O que significa que no Brasil os mais pobres pagam mais tributos do que os mais ricos, isto se dá porque os tributos incidem sobre o produto, sistema regressivo ao contrário do sistema progressivo em que os tributos incidem sobre a renda dos contribuintes. No sistema

regressivo temos os tributos indiretos, pelo qual, incidem sobre os produtos e serviços que os contribuintes consomem, como ICMC (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços); ISS (Imposto sobre Serviços); e IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados). Enquanto que no sistema progressivo incide sobre os tributos diretos que são aqueles arrecadados pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal que incidem sobre o patrimônio (bens) e renda (salários, aluguéis, rendimentos de aplicações financeiras), ou seja, são arrecadados diretamente dos cidadãos. Como Por exemplo, IRPF (Imposto de Renda da Pessoa Física); IPVA (Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores); IPTU (Imposto Predial Territorial Urbano).

PETEAN e PADUA ([IN] **Justiça Fiscal: O Peso da carga tributária brasileira e a “Curva de Laffer**) destacam sobre esses sistemas, nos seguintes termos:

Onera-se proporcionalmente mais os mais pobres do que os mais ricos, pois a principal fonte de arrecadação do Estado se encontra na circulação de mercadorias e prestação de serviços ao passo que os tributos incidentes sobre a renda, considerados “diretos”, possuem oneração com alíquota máxima de 27,5% sobre a renda auferida, pouco perto dos tributos indiretos.

Ainda seguindo a linha desse pensamento explica (SEVEGNANI **O modelo regressivo de tributação no Brasil**)

O sistema tributário brasileiro, não obstante apresentar, em particular alguns tributos regressivos, no conjunto a tributação recai de forma regressiva sobre a população, o que implica no fracasso da função distributiva que a ele se atribui como medida transformadora da realidade social. Isto decorre da representatividade elevada dos impostos indiretos (IPI, ICMS, ISS, etc.) sobre o total da carga tributária e de uma pouca efetividade dos impostos sobre o patrimônio e a renda. No caso dos impostos indiretos, os seus valores são embutidos em maior ou menos percentual nos custos dos produtos e serviços e repassados aos consumidores.

Dito isto, os impostos devem ser graduados de acordo com a capacidade econômica dos contribuintes para que assim possamos ter um tributo justo e não retire dos menos favorecidos o seu direito à educação, ao lazer, saúde e dentre outros direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal, como explica (SEVEGNANI **O modelo regressivo de tributação no Brasil**):

No princípio da capacidade contributiva, a tributação deve ser geral, devendo atingir o maior número de pessoas e a sua exigência deve ser uniformemente feita, na medida da

capacidade de cada um, em que cada pessoa seja instalada a contribuir com mais ou com menos, para a manutenção dos serviços que a Administração Pública presta aos cidadãos.

Assim, o modelo de tributação adotado no Brasil fere o princípio da capacidade contributiva e dar aos contribuintes tratamentos diferenciados, prejudicando pessoas que mais precisam e beneficiando indivíduos com renda mais elevada.

4. CAPACIDADE TRIBUTÁRIA DO BRASIL EM RELAÇÃO AOS PAÍSES DA OCDE
Embora tamanha a carga tributária, o Brasil não se apresenta como um dos maiores arrecadadores de impostos. É fácil perceber que o Brasil não possui essa taxa contributiva tão exorbitante quanto se diz ao compararmos com os países da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), que é um grupo Internacional formado por 35 países, pelo qual, alguns possuem IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) alto, com o objetivo de erguer e confrontar dados entre as nações com fim de auxiliar na promoção do desenvolvimento econômico, social e sustentável destas, onde varia em torno de 34% a 35% sobre o PIB (ou sobre a renda da população), enquanto que o Brasil possui de 32% a 33%. Mas em relação aos países da América Latina e do Caribe, possuímos uma carga elevada, pois a média da carga tributária se aproxima a 22% sobre o PIB em 2013.

Como explica PETEAN e PADUA ([IN] **Justiça Fiscal: O Peso da carga tributária brasileira e a “Curva de Laffer**):

Estudos realizados pela Receita Federal em 2015 indicam que no ano de 2014, de toda a riqueza produzida nos países, 33, 47% corresponde a tributos pagos pelos cidadãos e empresas, bem acima da média dos países latino-americanos e bastante semelhante a dos países desenvolvidos membros da OCDE.

Assim, como podemos perceber a carga tributária brasileira não é muito elevada, mas assemelha-se a de países desenvolvidos e continuamos com a sensação que pagamos muito por vários fatores, entre eles três que serão explicados.

O primeiro fator é a corrupção, pois, embora o Brasil tenha uma carga tributária elevada, possui o pior retorno à população em saúde, educação, segurança, lazer e transporte, direitos estes fundamentais por ter uma corrupção tratada como um “ralo” por onde escorre os recursos públicos que seriam destinados a estes direitos. Assim, o Brasil é deficiente à medida que a corrupção resta presente, sendo, do contrário, da capacidade de ser um país de primeiro mundo, ainda se houver uma contribuição fixada no mínimo existencial. O que se pode perceber ao analisar o indicador de percepção de corrupção, pelo qual aponta que em 2013 índice era de 72%; 2014 69%; 2015 76%; 2016 79% e 2017 96%.

Segundo o Ranking de corrupção em 2016 (pesquisa encomendada pelo G1.COM) “o Brasil fechou o ano de 2016 em 79º lugar entre 176 países em ranking sobre a percepção de corrupção no mundo”.

O que também nos parece que os autores PETEAN e PADUA ([IN] **Justiça Fiscal: O Peso da carga tributária brasileira e a “Curva de Laffer**):

(...) Dentre os trinta países com maior carga tributária no mundo, o Brasil obteve pelo quinto ano consecutivo o pior resultado na relação “carga tributária x retorno dos recursos à população”, ficando atrás inclusive de países sul- americanos e com menor desenvolvimento econômico, como Uruguai e Argentina.

O segundo fator é que o Brasil, embora sendo um dos mais capacitados em disponibilizar serviços com qualidade e eficiência, ainda permanece no sentido de manter os impostos com incidência sobre o consumo e não sobre a renda, dessa forma tratando o pobre como se fosse detentor do mesmo capital que o rico (sistema fiscal regressivo), retratando a realidade com toques de inadimplência por parte dos contribuintes, além de sonegação fiscal ante ao sentimento de insatisfação com o tratamento discriminatório.

Outro fator seria eventual não observância do requisito gerencial de distribuição de renda, tal questão se observa diante da necessidade de que o Governo crie e mantenha meios estratégicos e recursos prioritários aos mais necessitados. Falamos aqui do plano de Governo, pois, diante de todo tributo arrecadado e sabendo que estes servem para a manutenção do Estado, lembramos de cara que o Estado assumiu compromisso com a sociedade ao declarar os objetivos da República no artigo 3º da Constituição Federal.

Com isto, o argumento sede é o de que um Estado economicamente forte significa uma sociedade, “em tese”, menos desigual, de acordo com os objetivos da República Brasileira.

Dito isto, segundo a Receita Federal em 2014, o Brasil arrecadou de Imposto de Renda 17,35%, Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços 20,88%, Imposto sobre Serviços 2,92%, Imposto sobre Produtos Industrializados 2,67; em 2015 Imposto de Renda 17,76%, Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços 20,59%, Imposto sobre Serviços 2,85%, e Imposto sobre Produtos Industrializados 2,50%; enquanto que em 2016 o Imposto de Renda foi de 19,08%, Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços 20,37%, Imposto sobre Serviços 2,69% e Imposto sobre Produtos Industrializados 2,06%.

Portanto, é necessário frisar que se faz mister a existência dos tributos indiretos, pois é uma das maiores fontes de renda do Estado. Entretanto, é também fundamental a inversão das alíquotas dos tributos diretos, já que estes não suprem eventual extinção dos tributos indiretos, ou seja, não nos valem aqui de uma supressão dos tributos indiretos, pois esta ideia equivaleria em um déficit imenso ao Estado, cuja reparação não estaria ao nível de alcance dos tributos diretos (aqueles sobre a renda do contribuinte), ao contrário, afirmamos o entendimento de que é aconselhável a permanência da tributação sobre o consumo para

que não se veja um Estado carente de recursos públicos, porém aquela ideia de que aquele indivíduo com maior capacidade contributiva se veja incurso em alíquotas mais altas a cada vez que aumente seu patrimônio. Ora, é a lógica do aspecto objetivo de incidência do tributo, onde o legislador deve observar a hipótese (fato) mais rentável para incidência tributária, o que se coaduna com a lógica tributária com vista a “alimentar” o Estado, obtendo, dessa forma, uma sistemática Progressiva, onde os mais ricos –que possuem capacidade econômica maior- contribuam mais e os mais pobres se limitem ao mínimo necessário.

5. INJUSTIÇA FISCAL

A observação central do cidadão contribuinte é – ou deveria ser – a de fiscalizar a finalidade dos tributos diversos que ele paga ao Estado. É natural esta curiosidade diante do sentimento de uma possível insegurança no Estado, tudo por conta do dito “tanto tributo que nós pagamos e não vemos retorno”. Pois é. São nestas “discussões de praça” que nascem e são disseminados pensamentos como estes, e não estão errados totalmente. Como já dito alhures, o Brasil detém imensa capacidade de retribuir uma prestação de serviços em nível de país desenvolvido, porém os fatores que discutimos impedem que esta prestação hoje ofertada seja de melhor qualidade. Assim, gera este sentimento de injustiça, pois pagamos tributos como devido por lei, mas as finalidades destes tributos são diversas das que deveriam ser direcionados.

É comum ainda a discussão de que, para se ter uma qualidade melhor nas prestações de serviços estatais, seria necessário o aumento dos tributos; Só assim o Estado obteria recursos suficientes para essa prestação com um aumento qualitativo.

No entanto, a doutrina, avaliando este dito, criou um estudo com o fito de observar se seria cabível o Estado ultrapassar a capacidade contributiva de cada cidadão objetivando um bem comum a todos. Mas o que impera ainda é a questão: ora, se o Brasil já tem uma carga tributária semelhante a de um país rico e desenvolvido, por que, então aumentar os tributos se os que já são arrecadados nem sequer são revolvidos a favor da sociedade?

Gerando esta desconfiança é onde se lança a teoria da Curva de Laffer, apregoando que não se pode pesar sobre a sociedade mais tributos além dos seus limites contributivos, pois, diante desse contexto, segundo a teoria, o contribuinte restaria propenso a sonegar os tributos não porque queira, mas simples e puramente por falta de recursos suficientes ao seu adimplemento; em contrapartida, o Estado não pode abrir mão desses tributos, sob pena de gerar dano aos cofres do Erário Público.

Embora lógica, esta teoria acena para a afirmativa de uma equação: Alíquota alta é igual a arrecadação zero, pois não há incentivo para produção (vista aritmética); ou alíquota zero é igual a Arrecadação zero, pois não há o que arrecadar, porém a produção interna crescerá (ponto de vista econômico), a exemplo temos a suspensão de ICMS sobre venda de veículos.

Percebemos que a produção crescerá diante da oportunidade, mas o Estado não irá arrecadar quase nada. Laffer propõe que o Estado deve procurar uma alíquota ideal, onde o ponto de vista aritmético se coadune com o ponto de vista econômico, de modo a que os cidadãos se sintam estimulados a produzir e o Estado possua uma margem boa de arrecadação, porém o Laffer não dar a solução de como achar esta alíquota.

Esta teoria nasceu da ideia do economista norte-americano Arthur Laffer, que decidiu cruzar os dados das alíquotas com as respectivas arrecadações, dando origem ao nome curva de Laffer, pois tal esquema foi montado em uma representação gráfica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo exposto, observamos que o Brasil é um dos países que mais arrecadam tributos, entretanto conta-se que a retribuição Estatal à sociedade se encontra falida diante de todos os argumentos apresentados.

De Início e em acordo com a curva de Laffer a solução não seria exatamente aumentar os tributos (ou suas alíquotas, que se diga), pois atrai um senso de sonegação fiscal quando se percebe que o contribuinte tem um limite e ele não pode pagar além deste limite sem o devido incentivo. Diante disto, a melhora parece estar consubstanciada na imposição de um sistema progressivo ao invés de um regressivo, tudo com vista a obedecer ao critério objetivo de incidência tributária. Havendo a presença do sistema regressivo além do mais conjunto à corrupção, há o sentimento de injustiça presente nos contribuintes, pois se trata de um dos principais fatores que atraem aos brasileiros a sensação de que pagamos tributos exorbitantes, mas, como provado em comparação aos países da OCDE, não possuímos tal taxa tributária elevada. O que acontece é que os tributos arrecadados são escoados pela corrupção, não podendo o Estado arcar com as despesas necessárias com os poucos recursos que restam.

Outro fator é a não observância do requisito gerencial de distribuição de renda. Um dos objetivos da República é a redução das desigualdades sociais, mas como percebemos diante do que foi exposto, possuímos um sistema tributário desigual. No qual quem recebe menos contribui com mais impostos, pois a fixação da porcentagem alíquotas é regressiva de acordo com a renda declarada do contribuinte. Com isto, o Estado deve arrecadar os tributos com o fim de se manter e também verter parcela deste para a sociedade, por meio de políticas públicas voltadas às minorias, com o fito de se avistar a redução das desigualdades sociais, assim, o Estado deve observar o caráter redistributivo na sua gerência.

REFERÊNCIAS

DUARTE, FRANCISCO LEITE. DIREITO TRIBUTÁRIO: TEORIA E PRÁTICA. 2. ED. SÃO PAULO: RT. 2015

BARROS, FERNANDA MONTELEONE. A EVOLUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E OS REFLEXOS NO ATUAL REGIME TRIBUTÁRIO DE ENERGIA ELÉTRICA. DISPONÍVEL EM: [HTTP://DSpace.IDP.EDU.BR:8080/XMLUI/BITSTREAM/HANDLE/123456789/243/MONOGRAFIA_FERNANDA%20MONTELEONE%20BARROS.PDF?SEQUENCE=1&ISALLOWED=Y](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/243/MONOGRAFIA_FERNANDA%20MONTELEONE%20BARROS.pdf?sequence=1&isAllowed=y), ACESSADO EM: 15 DEZ. 2018.

PETEAN, MARCUS GUIMARAES; JUNIOR, ANTONIO DE PADUA FARIA. (IN) JUSTIÇA FISCAL: O PESO DA CARGA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA E A “CURVA DE LAFFER”. [CONPEDI]. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.CONPEDI.ORG.BR/PUBLICACOES/02Q8AGMU/K4NU52IK/2FBHUTH4DFNARXAK.PDF](https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/k4nu52ik/2fbhuth4dfnarxak.pdf). ACESSO EM 09 DEZ. 2018.

RANKING DE CORRUPÇÃO EM 2016, DISPONÍVEL EM [HTTPS://G1.GLOBO.COM/MUNDO/NOTICIA/BRASIL-ESTA-EM-79LUGARENTRE176PAISESAPONTARANKINGDACORRUPCAODE2016.GHTML?UTM_SOURCE=HARDMOB&UTM_MEDIUM=SOCIAL&UTM_CAMPAIGN=G1](https://g1.globo.com/mundo/noticia/brasil-esta-em-79lugarentre176paisesapontarankingdacorrupcao2016.ghtml?utm_source=hardmob&utm_medium=social&utm_campaign=g1), ACESSADO EM 15 DE DEZEMBRO DE 2018

SEMEGHINI. VICTOR THEODOSIO. A ORIGEM DA TRIBUTAÇÃO NO BRASIL. DISPONÍVEL EM [HTTPS://JUS.COM.BR/ARTIGOS/39319/A-ORIGEM-DA-TRIBUTACAO-NO-BRASIL](https://jus.com.br/artigos/39319/a-origem-da-tributacao-no-brasil), ACESSADO EM 15 DE DEZEMBRO DE 2018.

SEVEGNANI, JOACIR. O MODELO REGRESSIVO DE TRIBUTAÇÃO NO BRASIL. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://JUS.COM.BR/ARTIGOS/20574/O-MODELO-REGRESSIVO-DE-TRIBUTACAO-NO-BRASIL](https://jus.com.br/artigos/20574/o-modelo-regressivo-de-tributacao-no-brasil)> ACESSO EM 09 DE DEZEMBRO DE 2018.

PLATAFORMAS DE STREAMING E REFLEXOS INEVITÁVEIS DA NORMA TRIBUTÁRIA: UMA ANÁLISE DA INCIDÊNCIA DO ISSQN SOBRE A NETFLIX

Kelyssa Francielle Dantas Costa (Direito/Uninassau) 143

Resumo: As facilidades decorrentes do uso da Internet a cada dia surpreendem e refletem seus impactos nas mais diversas áreas, especialmente no Direito Tributário, tendo em vista o consequente surgimento de atividades ensejadoras de tributação. As operações de streaming são um exemplo vivo e atual disso. A maneira de ver filmes/séries mudou drasticamente no decorrer do tempo, tanto é que na atualidade se verifica uma quase que completa migração das pessoas para o ambiente ofertado pela Netflix. E isso, de certa forma, acabou despertando o interesse do fisco, que resolveu tributar as plataformas de streaming, a partir da edição, no ano de 2016, da Lei Complementar nº 157, a qual provocou profundas alterações na Lei Complementar nº 116/2003 e na estrutura do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, com a inclusão do subitem 1.09 na Lista de Serviços anexa. Nada obstante, muito se tem questionado acerca da constitucionalidade dessa alteração legislativa. De fato, estaria correta a incidência do ISSQN sobre a Netflix? Partindo desse questionamento é que o presente trabalho visa analisar se há inconstitucionalidade ou não na tributação da Netflix pelos entes municipais. Para atingir o objetivo proposto, o estudo se valerá de uma revisão bibliográfica e da utilização do método dedutivo. Após a análise da estrutura do ISSQN e dos aspectos atinentes às plataformas de streaming, particularmente da Netflix, os resultados obtidos apontaram para a inconstitucionalidade do subitem 1.09 da Lista de Serviços anexa à LC nº 116/2003, pelas seguintes razões: o ISSQN incide sobre obrigações de fazer e a Netflix envolve uma obrigação de dar; o serviço ofertado pela Netflix provém do exterior e o Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu, em caso semelhante, que a incidência de ISS sobre a importação de serviços fere o princípio da territorialidade; em algumas situações, é impossível indicar um único local como sendo o da efetiva prestação de serviços; além disso, as plataformas de streaming envolvem típica hipótese de cessão e licenciamento de direitos autorais, a qual não se sujeita à incidência do Imposto Sobre Serviços; outrossim, o ISSQN deve incidir apenas sobre a efetiva prestação de serviços, sendo que, no contexto da Netflix, o assinante primeiro realiza o pagamento (do plano contratado, bem assim do ISS) para depois ter acesso ao conteúdo constante na plataforma, o que leva a crer que o critério material desse imposto fora desrespeitado pelo legislador infraconstitucional; por fim, pôde-

143 Graduada em Direito pela UNINASSAU, e-mail: kelyssacosta2@gmail.com.

se chegar à conclusão de que o imposto municipal, objeto deste estudo, passou a ser exigido dos usuários/contribuintes de Recife antes de ser alterada a Lei nº 15.563/1991 e no mesmo exercício financeiro em que fora promovida dita alteração, em total desrespeito aos princípios constitucionais da legalidade, anterioridade clássica e anterioridade nonagesimal.

Palavras-chave: ISSQN. Streaming. Netflix. LC 116/2003. LC 157/2016.

Abstract: The facilities resulting from the use of the Internet every day surprise and reflect its impacts in the most diverse areas, especially in the Tax Law, in view of the consequent emergence of activities conducive to taxation. Streaming operations are a lively and current example of this. The way movies / series have changed dramatically over time, so much so that today there is an almost complete migration of people to the environment offered by Netflix. And this, in a way, ended up arousing the interest of the tax authorities, which decided to tax the streaming platforms, starting with the edition in 2016 of Complementary Law 157, which caused profound changes in Complementary Law 116/2003 and in the structure of the Tax on Services of any Nature, with the inclusion of sub-item 1.09 in the attached List of Services. However, much has been questioned about the constitutionality of this legislative amendment. In fact, would the incidence of ISSQN on Netflix be correct? Starting from this questioning is that the present work aims to analyze if there is unconstitutionality or not in the taxation of Netflix by the municipal entities. To reach the proposed objective, the study will use a bibliographical review and the use of the deductive method. After analyzing the structure of the ISSQN and aspects related to the streaming platforms, particularly Netflix, the results obtained pointed to the unconstitutionality of sub-item 1.09 of the List of Services attached to LC 116/2003, for the following reasons: ISSQN affects obligations and Netflix involves an obligation to give; the service offered by Netflix comes from abroad and the Court of Justice of São Paulo has already decided, in a similar case, that the incidence of ISS on the importation of services violates the principle of territoriality; in some situations, it is impossible to indicate a single place as the one of the effective provision of services; in addition, the streaming platforms involve a typical hypothesis of assignment and licensing of copyright, which is not subject to the incidence of the Tax on Services; ISSQN should only focus on the effective provision of services, and in the context of Netflix, the subscriber first makes the payment (of the contracted plan, as well as the ISS) and then has access to the content contained in the platform, which leads one to believe that the substantive criterion of that tax was disregarded by the infraconstitutional legislature; finally, it was possible to conclude that the municipal tax, object of this study, was required of the users / taxpayers of Recife before Law 15,563 / 1991 was amended and in the same fiscal year in which this change was promoted , in total disrespect for the constitutional principles of legality, classical precedence and nonagesimal precedence.

Keywords: ISSQN. Streaming. Netflix. LC 116/2003. LC 157/2016.

INTRODUÇÃO

Há algum tempo, a sociedade vem sendo testemunha de profundas transformações ocorridas no meio social e digital, decorrentes da chamada 'Terceira Revolução Industrial' ou, simplesmente, 'Revolução da Informação'.

Essa revolução, iniciada após a Segunda Guerra Mundial e marcada pelo desenvolvimento tecnológico, foi a responsável por reunir espaços, pessoas e tempos num só lugar, denominado de ciberespaço, e também por provocar várias mudanças de hábitos. Como exemplo, pode ser citada a maneira utilizada para assistir filmes. Hoje em dia, é fácil perceber que houve a completa extinção das locadoras de filmes e uma quase total migração das pessoas para o ambiente da Netflix, em razão da praticidade e do mundo de possibilidades ofertado por essa plataforma de streaming.

E, no caso das plataformas de streaming, seu sucesso foi tamanho no Brasil que acabou despertando o interesse do fisco em tributá-las, a partir da edição, no ano de 2016, da Lei Complementar nº 157, a qual provocou profundas alterações na Lei Complementar nº 116/2003 e na estrutura do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, com a inclusão do subitem 1.09 na Lista de Serviços anexa.

Nada obstante, essa inovação legislativa tem provocado celeuma entre diversos profissionais do ramo do Direito Tributário, a ponto de muito ter sido questionado acerca de sua constitucionalidade.

De fato, estaria correta a incidência do ISSQN sobre a Netflix? Partindo desse questionamento é que o presente trabalho visa analisar se há inconstitucionalidade ou não na tributação da Netflix pelos entes municipais.

Procedendo-se com uma revisão bibliográfica, com base na doutrina, na legislação, jurisprudência e em trabalhos científicos atinentes ao tema, e, valendo-se da utilização do método dedutivo, a resposta para tal indagação se dará, no presente trabalho, através do percurso estratégico iniciado com o estudo, no Título 1, do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, momento em que se analisará o conceito de prestação de serviços, o fato gerador e as hipóteses de incidência desse tributo e os princípios constitucionais que lhe são de observância obrigatória.

No tópico seguinte (Título 2), será dada ênfase às plataformas de streaming, particularmente à Netflix, com a descrição de seu *modus operandi*, e à inovação legislativa promovida pela LC nº 157/2016.

Em seguida, cumprindo com o objetivo geral proposto, e fazendo um link com a abordagem realizada nos tópicos anteriores, se prosseguirá, no Título 3, com a análise da tributação da Netflix pelos entes municipais.

Por fim, serão apresentadas as conclusões observadas com base na análise feita.

1. DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA

O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) ou, simplesmente, Imposto Sobre Serviços (ISS), trata-se de um tributo da competência privativa dos Municípios (e do Distrito Federal) e surgiu com a introdução da Emenda Constitucional nº 18/65 (FREIRE; MENDES, 2018, p. 02), em substituição ao imposto de indústrias e profissões (MACHADO, 2010, p. 422). O ISSQN encontra previsão no art. 156, inciso III, da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar (BRASIL, 1988).

Com base nessa previsão constitucional, tem-se que os entes municipais são dotados de autonomia para tributar as operações envolvendo as prestações de serviços.

A prestação de serviços, relativamente ao ISSQN, “envolve uma relação jurídica entre o prestador de serviços e o tomador de serviços” (DE MATTOS; KEMPFER, 2004, p. 55) e diz respeito à destinação de uma ação humana para satisfação de uma dada necessidade. “Um bem imaterial que circula, ou seja, uma obrigação de fazer” (PATROCÍNIO, 2017, p. 40).

Partindo disso, Tartuce (2014, p. 64) pontua que a obrigação de fazer “pode ser conceituada como uma obrigação positiva cuja prestação consiste no cumprimento de uma tarefa ou atribuição por parte do devedor”. Na sequência, ele esclarece que a obrigação de fazer, em hipótese alguma, deve ser confundida com a obrigação de dar (TARTUCE, 2014, p. 64). “A obrigação de dar consiste em vínculo jurídico que impõe ao devedor a entrega de alguma coisa já existente, enquanto a obrigação de fazer impõe a elaboração de algo até então inexistente” (IWASE, 2013, p. 21).

Exemplifica-se com uma obrigação cuja prestação é um quadro (obra de arte). Se o quadro já estiver pronto, haverá obrigação de dar. Caso o quadro seja encomendado, devendo ainda ser pintado pelo devedor, a obrigação é de fazer. Com tom didático, pode-se afirmar:

o dar não é um fazer, pois caso contrário não haveria nunca a obrigação de dar (TARTUCE, 2014, p. 64).

Destaca-se, por oportuno, que, apesar das constantes mudanças de entendimento, a própria Corte Suprema deste país já confirmou, em outro momento, que um contrato só é considerado de prestação de serviços se nele estiver “obrigações de fazer, não podendo ser considerada prestação de serviço uma obrigação de dar” (MOSQUEIRA, 2018, p. 206). Foi com base nisso que o STF, inclusive, editou a Súmula Vinculante nº 31, cujo teor dispõe que “é inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis” (BRASIL, 2010).

Frise-se que o ISSQN “é um imposto sobre serviços de qualquer natureza, e não um imposto sobre qualquer natureza de serviços” (PETRY; NELSON, 2017, p. 36).

Especificamente quanto à expressão “de qualquer natureza”, há de ser elucidado que

A palavra “qualquer” pode-se traduzir como uma indistinção em relação a algo, independência. Já o verbete “natureza” é apresentado como o conjunto de características a individualizarem um objeto ou um ser (VIEIRA; CABRAL, 2017, p. 164).

Assim, tem-se que “são tributados os serviços “de qualquer natureza”. Embora a expressão tenha um sentido amplo, os serviços que poderão ser tributados pelo ISS serão os que assim forem definidos pela lei complementar” (CASSONE, 2018, p. 487), a qual não poderá abarcar aqueles serviços sujeitos exclusivamente ao ICMS, compreendidos no art. 155, II, da CF/88; “tampouco caracterizar como “serviço” o que, por sua natureza, não é serviço (art. 4º do CTN)” (CASSONE, 2018, p. 487).

Importante destacar, ainda, que, quando a Constituição Federal, na parte final do art. 156, inc. III, estabelece que os serviços de qualquer natureza são aqueles que se encontram definidos em lei complementar, ela se remete, na verdade, à LC nº 116/2003, a qual fora recentemente alterada pela LC nº 157/2016. É exatamente essa LC nº 116/2003 que dita, por meio da Lista de Serviços anexa, instituída em seu artigo 1º, quais serviços são alvo do ISSQN, ou seja, as hipóteses de incidência, o fato gerador desse tributo.

Na oportunidade, é válido ressaltar também que a tributação do ISSQN sujeita-se “a uma série de limitações, dentre as quais se destacam os princípios constitucionais tributários” (KOSSAR; SOMMA, 2008, p. 80). Nesse prisma, o ISSQN deve obedecer aos princípios insculpidos no artigo 150, inciso I e inciso III, alíneas “a”, “b” e “c”, da CF/88, quais sejam: legalidade, irretroatividade, anterioridade e anterioridade nonagesimal. Além destes mandamentos nucleares, o ISS precisa observar o princípio da territorialidade.

Em última instância, vale dizer que a hipótese de incidência do ISSQN deve ser analisada com base em três critérios: o material, o temporal e o espacial.

A regra matriz de incidência do ISSQN, em seu aspecto material, traduz-se em “prestar serviços de qualquer natureza” (IWASE, 2013, p. 19) e significa dizer que o fato gerador do ISSQN somente se configura no momento da prestação do serviço.

O aspecto temporal, por sua vez, é, nas palavras de Iwase (2013, p. 19), a “data em que se considerem prestados os serviços”.

Na prática, pode ser considerado como o período de apuração do imposto e depende da legislação de cada Município. O mais comum é que seja mensal, porém, pode ser diária, semanal, decendial, quinzenal, trimestral e até anual. Cada uma das Leis municipais é que fixará o critério para exigência do ISSQN (PATROCÍNIO, 2017, p. 35).

Por fim, o critério espacial, no ISS, coincide com o lugar onde a relação entre o tomador (responsável tributário) e o prestador (contribuinte) dos serviços irá se configurar, ou seja, com “o local em que, efetivamente, ocorreu a prestação do serviço” (KOSSAR; SOMMA, 2008, p. 86). Em outras palavras, “esse critério é que define qual o Município competente para exigir o ISSQN” (PATROCÍNIO, 2017, p. 35). E, nos termos da legislação em vigor (art. 3º da LC nº 116/2003), “o Município competente para exigir o ISS é aquele onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, caracterizando o estabelecimento prestador” (PATROCÍNIO, 2017, p. 86). “Na impossibilidade de se caracterizar estabelecimento prestador, o ISS será devido no local do domicílio do prestador” (PATROCÍNIO, 2017, p. 86).

2. NETFLIX E INCLUSÃO DAS PLATAFORMAS DE STREAMING NA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA À LC Nº 116/2003

A única opção que se tinha, até algum tempo atrás, para assistir filmes e séries no conforto de casa, era o aparelho de televisão, acompanhado de uma conexão a uma fonte externa – antena, aparelho de VHS, DVD player, entre outras (PATROCÍNIO, 2017, p. 239).

No entanto, graças à Internet, essa realidade foi totalmente modificada.

Muita coisa mudou nesse jeitão tradicional de assistir filmes, séries, musicais, novelas etc. Uma das mudanças mais significativas e que merece o nosso destaque é, sem dúvida, a disponibilização de todo esse acervo (conteúdo) em páginas eletrônicas na internet. Muitas mídias podem ser acessadas livremente e sem nenhum custo para o usuário, enquanto outras somente são liberadas mediante pagamento, tratado popularmente como “assinatura” (PATROCÍNIO, 2017, p. 251).

Em meio ao novo cenário apresentado, o interesse do fisco veio à tona e restou materializado na publicação da Lei Complementar nº 157/2016, a qual fora responsável por modificar profundamente a estrutura do Imposto Sobre Serviços.

Diante das alterações produzidas, boa parte delas, como dito, fruto da preocupação do fisco em tributar os novos “serviços” que surgiram em decorrência dos avanços na área tecnológica, cabe destaque para a inclusão do subitem 1.09 na Lista de Serviços anexa à LC nº 116/2003, integrante do gênero “prestação de serviços de informática e congêneres”, objeto deste estudo:

1 – *Serviços de informática e congêneres:*

(...)

1.09 - *Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei no 12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS) (BRASIL, 2003).*

É exatamente esse subitem que abarca a tributação, pelo ISSQN, das plataformas de streaming, as quais “representam um mercado em franca expansão no cenário das mídias digitais” (MARTINS, 2017, p. 01).

Em termos de significação, Monteiro, Faria e Maitto (2018, p. 211) destacam que *Streaming* é uma tecnologia de transmissão de áudio e/ou vídeo pela internet, a qual permite que a transmissão de áudio e vídeo seja realizada sem a necessidade de se fazer o *download* de todo o conteúdo a ser transmitido antes de se ouvir a música ou assistir ao vídeo. (...) A transmissão do conteúdo é feita de modo contínuo, enquanto a pessoa está ouvindo/assistindo.

O maior exemplo de tecnologia streaming é, sem sombra de dúvidas, a Netflix, “provedora global de filmes e séries de televisão, cuja empresa surgiu como um serviço de entrega de DVDs pelo correio” (PAULSEN; MELO, 2018, p. 369).

A Netflix foi criada por Reed Hastings, no ano de 1997 (STRAIOTO, 2017, p. 02), e, inicialmente, funcionava como uma locadora em ambiente on-line. Somente dez anos após ser fundada foi que a Netflix realizou suas primeiras experiências via streaming (GUIA MUNDO EM FOCO EXTRA, 2016, p. 22).

Atualmente, a Netflix possui um centro de distribuição – o Open Connect –, o qual se encontra situado em Miami, nos Estados Unidos. Ele funciona como um servidor global da empresa é a partir dele que é feito todo o controle e a distribuição dos dados (arquivos) de filmes e séries para pequenos servidores de Internet, que retransmitem os dados recebidos para os dispositivos dos assinantes da plataforma (GUIA MUNDO EM FOCO EXTRA, 2016, p. 26).

O processo de captação dos filmes começa logo após a negociação, com as grandes produtoras ou estúdios de cinema, do direito de transmissão dessas obras. Após concluído esse processo, a Netflix disponibiliza aos estúdios/produtoras um servidor em nuvem para inserção e armazenamento virtual dos arquivos. Em seguida, a Netflix faz o download de todo o conteúdo constante nesse servidor e, na sequência, o prepara para distribuição aos

assinantes, de modo on-line, que o acessam por meio de aplicativo próprio (GUIA MUNDO EM FOCO EXTRA, 2016, p. 27).

Assim que o usuário realiza login em sua conta da Netflix, ele tem acesso aos inúmeros filmes e séries ofertados pela plataforma. É como se o assinante estivesse diante de uma prateleira de locadora para escolha do título que deseja assistir.

Ademais, vale dizer que a Netflix se trata de uma plataforma paga. Assim, o conteúdo presente nessa plataforma é visualizado mediante “uma assinatura mensal, que dá acesso ao assinante ao conjunto de obras disponíveis” (MACEDO et al., 2018, p. 222). O valor da mensalidade varia conforme o plano escolhido.

Importante trazer à lume que o conteúdo disponibilizado pela plataforma não pode ser objeto de compartilhamento, uma vez que a assinatura concede aos usuários “um direito limitado, não exclusivo e intransmissível para acessar o serviço Netflix e assistir ao conteúdo da Netflix” (TERMOS..., 2018, p. 03).

Outrossim,

o catálogo de filmes, séries e documentários, pode sofrer alterações, independentemente da vontade do assinante, o que significa que é possível que o usuário deixe de ter acesso a um conteúdo que gostaria de assistir, em razão de o mesmo não estar mais disponível no servidor (BARBOSA MARIA, 2018, p. 12).

A par dessas colocações, impende observar que a lógica da Netflix é muito parecida com a de uma locadora de filmes. “Seria como se fosse uma versão atualizada das locadoras de alguns anos atrás, onde apenas se trocou o DVD pela internet” (MACEDO et al., 2018, p. 222). A principal diferença reside, pois, no fato de que antes ainda havia um certo contato físico, seja com a mídia escolhida, seja com o locador, que era quem passava diretamente todas as informações acerca das sinopses dos títulos para o indivíduo/interessado e controlava a entrada e saída temporária dos filmes da locadora.

Além disso, destaca-se também a questão da comodidade como sendo um outro diferencial. Graças às facilidades do mundo tecnológico, o processo de escolha e visualização do conteúdo que se deseja assistir se tornou mais simples, tanto é que o sujeito não precisa se deslocar até uma locadora ou mesmo conectar seu aparelho de DVD na TV. Tudo se resolve apenas com alguns cliques.

3. ANÁLISE DA TRIBUTAÇÃO DA NETFLIX PELOS MUNICÍPIOS

3.1 DA ALTERAÇÃO DA LC Nº 116/2003

O legislador, como visto anteriormente, alterou a famosa “Lei de ISS” para inclusão, dentre outras coisas, do subitem 1.09, na Lista de Serviços anexa à LC nº 116/2003, a fim de tornar possível a tributação, pelo ISSQN, das plataformas de streaming.

Entretanto, ao inovar em alguns aspectos, a LC nº 157/2016 reacendeu inúmeras discussões envolvendo o ISSQN. Com base nisto, cabe analisar, a partir dos pontos em destaque na sequência, se está correta a incidência do ISSQN nas operações de streaming ou se há inconstitucionalidade nessa tributação.

3.1.1 OBRIGAÇÃO DE “DAR” E NÃO DE “FAZER”

Tal como visto em momento oportuno, “o âmbito constitucional do ISS é a prestação de serviços de qualquer natureza” (MACHADO, 2004, p. 181) e serviço “é uma atividade que consubstancia um fazer destinado a atender uma necessidade” (MACHADO, 2004, p. 181).

No entanto, a obrigação existente no contexto da Netflix pressupõe uma obrigação de dar. Com efeito, o assinante paga uma quantia por mês para ter o direito de assistir ao conteúdo presente na plataforma. É como se ele pagasse pela locação de filmes. E a Netflix, veja, apenas fornece as obras para os usuários tenham acesso às mesmas.

Dessa forma, a inconstitucionalidade do subitem 1.09 da Lista de Serviços anexa à LC nº 116/2003 tem como primeiro e principal fundamento a Súmula Vinculante nº 31, da qual se extrai a inconstitucionalidade da incidência do ISSQN “sobre negócios jurídicos cuja essência seja a obrigação de dar/entregar” (SOMBRA; MORAES, 2017, p. 01).

Além disso, muito embora a plataforma da Netflix ofereça alguns recursos, tal como a recomendação dinâmica, a atividade de disponibilização de conteúdo via streaming não comporta as características da especificidade e personalização, típicas de uma prestação de serviços.

A despeito das sugestões feitas pela empresa fornecedora, o catálogo de vídeos disponíveis continua a ser o mesmo para todos os usuários, não havendo que se falar em uma personalização propriamente dita que fizesse com que a obrigação de fazer se sobressaísse em relação a obrigação de dar existente na operação (MACEDO et al., 2018, p. 67).

Assim, não se pode afirmar que as transações que existem por trás da Netflix comportam características de serviço, “visto que a empresa fornecedora de utilidades não se dispõe a oferecer esse tipo de utilidade a usuário determinado, acessível que está a todos” (MONTEIRO; FARIA; MAITTO, 2018, p. 73).

Para Linhares (2018, p. 18), “cada serviço é único e desta feita irrepetível, singular, a cada prestação fica no serviço enraizado características que não serão repetidas na próxima prestação”. Em contrapartida, na obrigação de dar, o objeto “é idêntico, repetível, universal” (LINHARES, 2018, p. 18). É exatamente esta segunda hipótese que se verifica no contexto da Netflix, uma vez que “todos os assinantes possuem o direito ao acesso de todo o conteúdo de maneira igualitária e sem restrições” (LINHARES, 2018, p. 18).

Portanto, a operação da Netflix não pode ser caracterizada como prestação de serviços de qualquer natureza.

3.1.2 CESSÃO E LICENCIAMENTO DE DIREITOS AUTORAIS E NÃO CESSÃO DE DIREITO DE USO

A Netflix pode ser enquadrada no âmbito dos direitos autorais. “O próprio texto legal (item 1.09 da LC n. 157/2016) refere-se à “disponibilização, sem cessão definitiva...”, enquadrando-se no âmbito dos direitos autorais (Lei federal n. 9.610/98)” (MONTEIRO; FARIA; MAITTO, 2018, p. 166).

Ora, a Netflix “tem em sua gênese exatamente o objetivo de permitir que um usuário reproduza conteúdos protegidos por direitos de autor, na Internet, sem a violação desses direitos” (TANGERINO, 2016, p. 01).

Os direitos de autor, no caso da Netflix, são transferidos, em alguns casos, por meio de cessão, e em outros, por meio de licenciamento.

A transferência de titularidade através da cessão implica que aquele que receberá a cessão usufruirá dos direitos patrimoniais da obra como se o autor fosse. (...) A licença, por sua vez, não envolve transferência de titularidade da obra e sim em uso da obra, mantendo o autor como titular dos direitos patrimoniais. Assemelha a uma locação quando se cobra para uso da obra e a um empréstimo quando gratuito (SÁ, 2015, p. 02).

A Netflix, além de formar “parcerias com os provedores de conteúdo para licenciar direitos de transmissão de diversas séries de TV e filmes” (NETFLIX, 2018, p. 01), também adquire “os direitos exclusivos para transmitir diferentes conteúdos” (NETFLIX, 2018, p. 01). Neste último caso, as produções são chamadas de Originais Netflix.

Portanto, as plataformas de streaming, mormente a Netflix, se encaixam perfeitamente no contexto dos direitos de autor. Por essa razão, não deve incidir o ISS nesse tipo de operação. Exatamente desse modo vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende do julgado abaixo colacionado:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO. INCIDÊNCIA DO ISS. DECISÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

I - A jurisprudência do STJ afastou a incidência do ISS sobre a cessão de direitos autorais e sobre a chamada produção de fitas e filmes, ainda que sob encomenda. Neste sentido: REsp 1.183.210/RJ, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 20.2.2013; REsp 1.308.628/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 2.8.2012 (BRASIL, 2018).

Com efeito, visto que “o usuário interessado em “assinar” o site da empresa tem como único objetivo assistir os filmes e seriados que ali estão disponíveis” (PATROCÍNIO, 2017, p. 240),

percebe-se que a única atividade a ser tributada, em se tratando da Netflix, seria a cessão onerosa de direitos autorais, se isso fosse possível. Entretanto, repita-se: não se pode tributar esse tipo de operação.

3.1.3 PROBLEMÁTICA QUANTO AO LOCAL DA “PRESTAÇÃO DO SERVIÇO”

“O constituinte brasileiro prestigiou, ainda que implicitamente, o princípio da territorialidade, quando outorgou aos Municípios competência para tributar a prestação de serviços” (PASCHOAL, 2014, p. 12).

Entretanto, “ao estabelecer como regra geral, para recolhimento do ISS, o local do estabelecimento prestador, a LC 116/03 seguiu o mesmo critério adotado pelo DL 406/68, não observando o princípio constitucional da territorialidade” (LISBOA, 2016, p. 01).

E, apesar da regra contida no art. 3º da LC nº 116/2003, o STJ vem entendendo que o local da prestação do serviço é aquele onde o serviço fora efetivamente prestado.

Inobstante, “afirmar que o critério espacial é o “local da prestação do serviço”, muito embora seja afirmativa verdadeira, ainda não resolve o conflito que se instaurou, uma vez que a dificuldade é precisamente compreender o local onde o serviço foi prestado” (GIUBLIN NETO, 2014, p. 06).

Explica-se. É que na prática a disponibilização do conteúdo da Netflix muitas vezes é concluída em um ou em vários Municípios e tributada por ente municipal diverso. Basta imaginar a situação em que uma pessoa está viajando e, ao mesmo tempo, fazendo uso da plataforma durante o percurso. Em vista disso, percebe-se que o critério espacial que determina a hipótese de incidência do ISSQN fora desrespeitado pela LC nº 157/2016. E evidentemente que essa situação acaba gerando uma espécie de guerra fiscal entre os entes municipais.

“Não se pode olvidar ainda as principais críticas traçadas pela doutrina quanto a inconstitucionalidade da incidência do ISS sobre a importação” (PASCHOAL, 2014, p. 36).

Com efeito, se fossem consideradas as regras contidas no artigo 1º, § 1º, e no artigo 3º, da LC nº 116/2003, a conclusão seria a de que a Lei Municipal, no caso da Netflix, iria atingir fatos ocorridos no exterior, na medida em que a sede da empresa está situada nos Estados Unidos e há estabelecimento da mesma aqui no Brasil.

“Mas será que a lei pode irradiar os seus efeitos para fora do Território nacional e desta forma alcançar fatos geradores ocorridos no exterior?” (PATROCÍNIO, 2017, p. 49). O Tribunal de Justiça de São Paulo entende que não, conforme se denota do julgado abaixo colacionado: APELAÇÃO – Declaratória – ISS. Importação de serviços. Artigo 1º, § 1º da LC 116/2003. Descabimento. Ofensa ao princípio da territorialidade. Precedentes deste Tribunal. Recurso provido (BRASIL, 2012).

“A extraterritorialidade somente tem sido considerada em situações peculiares, com expressa determinação constitucional” (PAULSEN; MELO, 2018, p. 390).

Deveras, “são específicas, excepcionais e limitadas as previsões de incidências tributárias relativamente a fatos, estados, negócios e situações ocorridas no exterior, ou delas decorrentes, como é o caso do Imposto de Renda, ICMS e Imposto de Importação” (TÓRRES, 2004, p. 305).

Entretanto, o mesmo não ocorre com o ISSQN, isto é, “não há amparo constitucional para exigir-se o ISS relativamente a serviço proveniente do exterior, ou cuja situação se tenha iniciado no exterior” (TÓRRES, 2004, p. 305).

Por razões assim é que a regra estipulada pelo legislador infraconstitucional, seja no art. 1º, § 1º, seja no art. 3º, da LC nº 116/2003, é cercada por diversas críticas, particularmente por ferir o princípio da territorialidade e, conseqüentemente, as disposições contidas no CTN (art. 102) e na Constituição Federal.

3.1.4 IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO PRÉVIO DO ISSQN

A operação envolvendo a Netflix, como visto, se inicia no exterior e somente é concluída quando o usuário acessa os conteúdos presentes na plataforma (e é por meio desse acesso, dessa execução, que ocorre a efetiva “prestação do serviço”).

Por se tratar de plataforma paga, os usuários da Netflix primeiro pagam o valor referente ao plano contratado (no qual está incluído o montante a título de ISSQN) para depois terem acesso aos filmes/séries, o que, deveras, não se revela correto.

Pelo que reza o critério material, o ISSQN somente deve incidir sobre (e após) a efetiva prestação de serviços, ou seja, o imposto municipal, no caso das plataformas de streaming, apenas deveria ser cobrado quando o usuário acessasse o conteúdo da plataforma, momento em que se dá por concluída a operação (“prestação de serviços”), mesmo porque, no mês em que o assinante realiza o pagamento de seu plano mensal, mas não assiste a nenhum filme/série durante esse mesmo mês, pode-se dizer que não chegou a ocorrer a efetiva “prestação de serviços”, apesar de o tributo já ter sido pago antecipadamente.

Nesse sentido, Patrocínio (2017, p. 39) expõe que

“não é suficiente presumir a prestação de serviços. Se não houver uma efetiva prestação de serviços (fato econômico de relevância jurídica) o ISS não será devido. Embora as legislações dos Municípios, via de regra, não tenham se utilizado da expressão ‘efetiva prestação de serviços’, mas apenas ‘prestação de serviços’ para o conceito de incidência de ISS, o elemento efetiva prestação não pode ser dispensado. Quem lê ‘prestação de serviços’ na legislação municipal, deve entender atividade efetiva da ‘prestação de serviços’.”

Portanto, o “pagamento prévio de ISS, antes mesmo da ocorrência do fato gerador, contraria disposição expressa da legislação de regência” (PATROCÍNIO, 2017, p. 37).

Em consonância com esse raciocínio foi que o Superior Tribunal de Justiça deste país proferiu a seguinte decisão:

Tributário. Recurso especial. ISS. Fato gerador. Prestação de serviços.

1. O Imposto sobre Serviços tem como fato gerador, no aspecto material, a prestação de serviços. Desse modo, enquanto esta não ocorrer, não se pode cogitar da incidência do ISS.

2. Recurso especial improvido (BRASIL, 2004).

Diante desses argumentos, resta claro que o legislador infraconstitucional não observou o critério material do Imposto Sobre Serviços, quando resolveu tributar as plataformas de streaming.

3.1.5 DA NÃO OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, ANTERIORIDADE CLÁSSICA E ANTERIORIDADE NONAGESIMAL

Muito embora a LC nº 157/2016 tenha entrado em vigor na data de sua publicação, ela não surtiu seus efeitos de imediato, em que pese ter tido que observar os princípios constitucionais que lhe são aplicáveis.

A Lei Complementar 157/2016 foi publicada no dia 30 de dezembro de 2016, uma sexta-feira. Em vista disso, a contagem dos noventa dias iniciar-se-á no dia 2 de janeiro de 2017, uma segunda-feira. Por conseguinte, observando-se os noventa dias fixados pela Constituição, a referida Lei Complementar surtirá os seus efeitos a partir do dia 3 de abril de 2017 (PATROCÍNIO, 2017, p. 32).

Da mesma forma, “só nasce a obrigação de pagar o ISS em relação aos novos serviços incluídos na lista com a efetiva edição da lei ordinária municipal” (PATROCÍNIO, 2017, p. 30). Logo, “enquanto a Lei Municipal não for editada e, por conseguinte, não produzir os seus efeitos, o fisco municipal está impedido de cobrar ISS dessas operações” (PATROCÍNIO, 2017, p. 30).

Desse modo, o Município que não chegou a publicar sua lei municipal, com as alterações introduzidas pela LC nº 157/2016, até o dia 31 de dezembro de 2016, deixando para fazê-lo apenas em 2017, somente poderia começar a exigir o ISS sobre os novos serviços em 2018. Todavia, na prática, não foi o que ocorreu. Os valores dos planos das assinaturas da Netflix foram atualizados em julho de 2017 e, a partir daí, o ISSQN incidente sobre essa plataforma de streaming já começou a ser exigido de todos os assinantes.

Apenas para ilustrar, no caso do Município de Recife, por exemplo, a Lei nº 18.356, que alterou a Lei nº 15.563/1991, incluiu o subitem 1.09 na lista dos serviços sujeitos à incidência do

ISSQN somente em 19 de julho de 2017, ou seja, quando o referido imposto municipal já estava sendo cobrado dos contribuintes/assinantes recifenses, em total desrespeito aos princípios previstos no art. 150 da Carta Maior, especialmente o princípio da legalidade, anterioridade e noventena.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importância do estudo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza e de sua incidência sobre as plataformas de streaming encontra guarida no fato de o ISSQN constituir a principal fonte de receita dos entes municipais brasileiros e no fato de que se faz necessária a adequação de toda e qualquer tributação aos preceitos constitucionais, a fim de evitar efeitos negativos aos contribuintes e a propagação do excesso da carga tributária persistente no país. Ao longo deste trabalho foi abordado que, ao contrário do que sugere a nomenclatura do ISSQN, ele não incide aleatoriamente e de forma indiscriminada sobre todo e qualquer tipo de serviço.

Desse modo, a LC nº 157/2016, relativamente ao item 1.09, que estabeleceu a tributação das plataformas de streaming pelo ISSQN, simboliza uma tentativa frustrada de atualização da Lista de Serviços anexa à LC nº 116/2003.

Atendo-se unicamente à ideia de que há uma lei complementar prevendo a incidência do Imposto Sobre Serviços nas operações de streaming, há a indução à conclusão de que dita tributação está correta, diante da previsão na Lista Anexa e da regra de que os serviços que nela estão presentes deverão sofrer incidência do ISSQN.

Acontece que, após a análise detalhada do ISSQN propriamente dito, das plataformas de streaming, e particularmente da Netflix, foram alcançadas algumas respostas para a pergunta norteadora desta pesquisa, as quais apontaram para a inconstitucionalidade da tributação objeto deste estudo.

Destarte, em vista dos resultados alcançados, é patente a discrepância entre os preceitos traçados pelo Constituinte de 1988 e a incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza sobre a disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da Internet. Mas a palavra final ainda será dada pelo Poder Judiciário, em sua função de intérprete da Constituição, conferindo-lhe feição inteligível.

Por tudo isso, espera-se ter contribuído para o alargamento do debate envolvendo a tributação das plataformas de streaming, e anseia-se que o legislador brasileiro não hesite em promover os ajustes que se fazem necessários para contemplar, de modo adequado, as inovações tecnológicas, bem assim as plataformas de streaming, no campo da incidência tributária, observando-se, sobretudo, o que fora projetado pelo Constituinte de 1988.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MARIA, LORENA DO NASCIMENTO. TRIBUTAÇÃO DO NETFLIX: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISS SOBRE OS SERVIÇOS DE STREAMING. FIBRA LEX, [S.L.], N. 3, FEV. 2018.

DISPONÍVEL EM:

[HTTP://PERIODICOS.FIBRAPARA.EDU.BR/INDEX.PHP/FIBRALEX/ARTICLE/VIEW/91/72](http://periodicos.fibrapara.edu.br/index.php/fibralex/article/view/91/72). ACESSO EM: 10 NOV. 2018.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL (1988). CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DE 05 DE OUTUBRO DE 1988. BRASÍLIA, DF, DISPONÍVEL EM:

[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/CONSTITUICAOCOMPILADO.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

ACESSO EM: 25 AGO. 2018.

BRASIL. LEI COMPLEMENTAR Nº 116, DE 31 DE JULHO DE 2003. BRASÍLIA, DF, DISPONÍVEL

EM: <[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/LCP/LCP116.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm)>. ACESSO EM: 26 SET. 2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1190871 - SP. RELATOR: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO. BRASÍLIA, DF, 17 DE MAIO DE 2018. DIÁRIO DE JUSTIÇA ELETRÔNICO. BRASÍLIA, 28 MAI. 2018. DISPONÍVEL EM:

[HTTP://WWW.STJ.JUS.BR/SGCON/JURISPRUDENCIA/DOC.JSP?LIVRE=CESS%C3O+DE+DIR EITOS+AUTORAIS+ISS&b=ACOR&p=true&t=juridico&l=10&i=1](http://www.stj.jus.br/sgcon/jurisprudencia/doc.jsp?livre=CESS%C3+O+DE+DIR+EITOS+AUTORAIS+ISS&b=ACOR&p=true&t=juridico&l=10&i=1)>. ACESSO EM:

08 NOV. 2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.060.210 - SC.

RECORRENTE: POTENZA LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL. RECORRIDO: MUNICÍPIO DE TUBARÃO. RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. BRASÍLIA, DF, 28 DE NOVEMBRO DE 2012. DIÁRIO DE JUSTIÇA ELETRÔNICO. BRASÍLIA, 05 MAR. 2013. P. 01-56.

DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.CONJUR.COM.BR/DL/LEASING-ACORDAO-TUBARAO-SC.PDF](https://www.conjur.com.br/dl/leasing-acordao-tubarao-sc.pdf).

ACESSO EM: 25 OUT. 2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 51.284 - SP.

RECORRENTE: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. RECORRIDO: SUSAN S.A. RELATOR: MINISTRO CASTRO MEIRA. BRASÍLIA, DF, 27 DE ABRIL DE 2004. DIÁRIO DE JUSTIÇA DA UNIÃO.

BRASÍLIA, 23 DE AGOSTO DE 2004. DISPONÍVEL EM:
[HTTPS://STJ.JUSBRASIL.COM.BR/JURISPRUDENCIA/19452593/RECURSO-ESPECIAL-RESP-51284-SP-1994-0021471-5/INTEIRO-TEOR-19452594?REF=JURIS-TABS](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19452593/recurso-especial-resp-51284-sp-1994-0021471-5/inteiro-teor-19452594?ref=juris-tabs). ACESSO EM: 22 OUT. 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SÚMULA Nº 31. DIÁRIO DE JUSTIÇA ELETRÔNICO. BRASÍLIA, 17 FEV. 2010. DISPONÍVEL EM:
[HTTP://WWW.STF.JUS.BR/PORTAL/JURISPRUDENCIA/LISTARJURISPRUDENCIA.ASP?S1=31.NU ME.%20E%20S.FLSV.&BASE=BASESUMULASVINCULANTES](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=31.nu.me.%20E%20S.FLSV.&base=BASESUMULASVINCULANTES). ACESSO EM: 20 SET. 2018.

CASSONE, VITÓRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. 28. ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2018.

DE MATTOS, NAHIANE RAMALHO; KEMPFER, MARLENE. CONTROLE JUDICIAL NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, V. 1, N. 3, P. 59-72, 2004.

FREIRE, EDUARDO JOSÉ ALVES; MENDES, FERNANDA. BITRIBUTAÇÃO DO ISSQN DECORRENTE DO CPOM NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. 2018. DISPONÍVEL EM:
[HTTP://NIPPROMOVE.HOSPEDAGEMDESITES.WS/ANAIS_SIMPOSIO/ARQUIVOS_UP/DOCUMENTOS/ARTIGOS/F0661DE6973B8602BEE71F5DEBDCF6BF.PDF](http://nipppromove.hospedagemdesites.ws/anaais_simposio/arquivos_up/documentos/artigos/f0661de6973b8602bee71f5debdcf6bf.pdf). ACESSO EM: 26 SET. 2018.

GIUBLIN NETO, AYRTON RUY. O ESPAÇO NA NORMA JURÍDICA TRIBUTÁRIA: TERRITORIALIDADE, CRITÉRIO ESPACIAL E ELEMENTOS DE CONEXÃO. 2014. DISSERTAÇÃO (MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO E FINANCEIRO) - FACULDADE DE DIREITO, UNIVERSITY OF SÃO PAULO, SÃO PAULO, 2014. DOI:10.11606/D.2.2014.TDE-11022015-161438. ACESSO EM: 2018-11-02.

GUIA MUNDO EM FOCO EXTRA: NETFLIX A GIGANTE DO CONTEÚDO STREAMING. [S.L.]: ON LINE EDITORA, 14 JUL. 2016.

IWASE, RAQUEL HARUMI. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA TRIBUTAÇÃO DO USO DE SOFTWARE. 2013. DISSERTAÇÃO (MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO E FINANCEIRO) - FACULDADE DE DIREITO, UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, SÃO PAULO, 2013. DOI:10.11606/D.2.2017.TDE-03042017-143247. ACESSO EM: 24 OUT. 2018.

KOSSAR, LORENA MAINARDES; SOMMA, RAFAELA MATTIOLI. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE AO CRITÉRIO ESPACIAL DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS–ISS. REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, v. 3, n. 1, 2008, p. 80-89.

LINHARES, JONATHAN LOPES DE SANTANA. DA INCONSTITUCIONALIDADE TRIBUTÁRIA DOS SERVIÇOS DE STREAMING. 2018. 24 F. TCC (GRADUAÇÃO) - CURSO DE DIREITO, CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES/UNITA, CARUARU, 2018.

LISBOA, MANUELA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL PARA O RECOLHIMENTO DO ISS. 2016. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://MANUELALISBOA.JUSBRASIL.COM.BR/ARTIGOS/402218472/COMPETENCIA-TERRITORIAL-PARA-O-RECOLHIMENTO-DO-ISS](https://manuelalisboa.jusbrasil.com.br/artigos/402218472/competencia-territorial-para-o-recolhimento-do-iss). ACESSO EM: 02 NOV. 2018.

MACEDO, ALBERTO ET AL. TRIBUTAÇÃO DE BENS DIGITAIS: A DISPUTA TRIBUTÁRIA ENTRE ESTADOS E MUNICÍPIOS. SÃO PAULO: INHOUSE, 2018.

MACHADO, HUGO DE BRITO. CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO. 31. ED. SÃO PAULO: MALHEIROS EDITORES LTDA., 2010.

MACHADO, HUGO DE BRITO. O ISS E A LOCAÇÃO OU CESSÃO DE DIREITO DE USO. 2004. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.HUGOMACHADO.ADV.BR](http://www.hugomachado.adv.br)>. ACESSO EM 16 OUT. 2018.

MARTINS, LIVIA FARIAS. A LEI COMPLEMENTAR 157/2016 E A TRIBUTAÇÃO DAS PLATAFORMAS DE STREAMING. ENCONTROS DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA UNI7, v. 7, n. 1, 2017.

MONTEIRO, ALEXANDRE; FARIA, RENATO; MAITTO, RICARDO. TRIBUTAÇÃO DA ECONOMIA DIGITAL: DESAFIOS NO BRASIL, EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL E NOVAS PERSPECTIVAS. – SÃO PAULO: SARAIVA EDUCAÇÃO, 2018.

MOSQUEIRA, PEDRO AUGUSTO DE ALMEIDA. A INCIDÊNCIA DO ICMS E DO ISS SOBRE O DOWNLOAD DE SOFTWARES NO BRASIL. REVISTA TRIBUTÁRIA E DE FINANÇAS PÚBLICAS, v. 136, p. 203-218, 2018.

NETFLIX. COMO A NETFLIX LICENCIA SÉRIES E FILMES? 2018. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://HELP.NETFLIX.COM/PT/NODE/4976](https://help.netflix.com/pt/node/4976). ACESSO EM: 12 NOV. 2018.

PASCHOAL, CAMILA. O ASPECTO ESPACIAL DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA: UMA ANÁLISE DA (NÃO) INCIDÊNCIA DO ISS NO CASO DE SERVIÇOS PRESTADOS E TOMADOS POR EMPRESAS BRASILEIRAS NO EXTERIOR. 2014.

PATROCÍNIO, JOSÉ ANTÔNIO. ISS: TEORIA, PRÁTICA E JURISPRUDÊNCIA: LEI COMPLEMENTAR 116/2003 ANOTADA E COMENTADA. 4. ED. REV. ATUAL. E AMPL. SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2017.

PAULSEN, LEANDRO; MELO, JOSÉ EDUARDO SOARES DE. IMPOSTOS FEDERAIS, ESTADUAIS E MUNICIPAIS. 11. ED. SÃO PAULO: SARAIVA EDUCAÇÃO, 2018.

PETRY, RODRIGO ZILLES; NELSON, DANIEL EARL. A INCIDÊNCIA DE ISS SOBRE A DISPONIBILIZAÇÃO DE DADOS NA INTERNET. CONTABILIDADE EM, P. 33-55, 2017.

SÁ, SAULO DE. LICENCIAMENTO, CESSÃO E AUTORIZAÇÃO DE FONOGRAMAS: DIFERENÇAS E ESPECIFICIDADES. 2015. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://ZA.MUS.BR/LICENCIAMENTO-CESSAO-E-AUTORIZACAO-DE-FONOGRAMAS-DIFERENCAS-E-ESPECIFICIDADES/](https://za.mus.br/licenciamento-cessao-e-autorizacao-de-fonogramas-diferencas-e-especificidades/). ACESSO EM: 12 NOV. 2018.

SOMBRA, THIAGO; MORAES, THIAGO GUIMARÃES. A INVESTIDA TRIBUTÁRIA E DIREITOS AUTORAIS NO STREAMING. 2017. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.JOTA.INFO/OPINIAO-E-ANALISE/COLUNAS/AGENDA-DA-PRIVACIDADE-E-DA-PROTECAO-DE-DADOS/A-INVESTIDA-TRIBUTARIA-E-DIREITOS-AUTORAIS-NO-STREAMING-30032017](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/a-investida-tributaria-e-direitos-autorais-no-streaming-30032017). ACESSO EM: 19 NOV. 2018.

STRAIOTO, SAMUEL RODRIGUES. FICHAMENTO DE ESTUDO DE CASO: NETFLIX. GOIÂNIA, 2017. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.PASSEIDIRETO.COM/ARQUIVO/31477003/ESTUDO-DE-CASO--NETFLIX](https://www.passeidireto.com/arquivo/31477003/estudo-de-caso-netflix). ACESSO EM: 10 NOV. 2018.

TANGERINO, DAYANE FANTI. A TECNOLOGIA STREAMING E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. 2016. DISPONÍVEL EM:

[HTTPS://CANALCIENCIASCRIMINAIS.JUSBRASIL.COM.BR/ARTIGOS/379130648/A-TECNOLOGIA-STREAMING-E-A-VIOLACAO-DE-DIREITOS-AUTORAIS](https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/379130648/a-tecnologia-streaming-e-a-violacao-de-direitos-autorais). ACESSO EM: 12 NOV. 2018.

TARTUCE, FLÁVIO. DIREITO CIVIL, V. 2: DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADE CIVIL. – 9. ED. – RIO DE JANEIRO: FORENSE; SÃO PAULO: MÉTODO, 2014.

TERMOS DE USO DA NETFLIX. 2018. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://HELP.NETFLIX.COM/LEGAL/TERMSOFUSE](https://help.netflix.com/legal/termsfuse). ACESSO EM: 10 NOV. 2018.

TÔRRES, HELENO TAVEIRA. ISS NA LEI COMPLEMENTAR 116/2003 E NA CONSTITUIÇÃO. BARUERI, SP: MAMEDE, 2004.

VIEIRA, ANDREY BRUNO CAVALCANTE; CABRAL, ANA CLARA MADEIRO CAMPOS. A INCONSTITUCIONALIDADE DA TRIBUTAÇÃO DAS PLATAFORMAS DE STREAMING À LUZ DA LEI COMPLEMENTAR Nº 157/2016. IN: ENCONTRO DE PESQUISAS JUDICIÁRIAS DA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE ALAGOAS, 3., 2017.

PESTE, FOME, GUERRA E REVOLUÇÃO: EQUALIZADORES SOCIAIS.

*Maria Alice da Costa E Silva*¹⁴⁴

*Djalma Souto Maior Paes Neto*¹⁴⁵

Resumo: O presente estudo tem a pretensão de analisar, sob o ponto de vista do historiador austríaco Walter Scheidel, em sua obra *The Great Leveler: Violence and the History of Inequality from the Stone Age to the Twenty-First Century*, como mecanismos menos convencionais e menos pensados pela comunidade científica são capazes de nivelar disparidades de renda e riqueza - tais como a peste, a fome, a guerra, e a revolução. A eficácia desses fenômenos, no tocante a redução das desigualdades, pode ser constatada através da história, tendo em vista os expressivos índices de nivelamentos socioeconômicos ocasionados nesses contextos. Fato que está relacionado, sobretudo, a enorme vulnerabilidade dos que detêm o capital nessas circunstâncias, sujeitando-se a maiores perdas. Destaca-se, nesse sentido, o surgimento da Peste Negra na segunda metade do século XIV, capaz de produzir um enorme impulso as demandas salariais e contribuir para uma dramática contração da nobreza. Em todas as cidades analisadas - Paris, Valência, Istambul, Cairo, Viena, Londres, Florença, Amsterdã, Estrasburgo -, os salários reais atingiram um pico pouco depois de os números da população terem atingido seu ponto mais baixo (SCHEIDEL, 2017). Nesse contexto, buscou-se analisar de que forma os fenômenos explicitados teriam a sua eficácia sobreposta aos mecanismos mais conhecidos, como a reforma tributária, a distribuição pacífica de terras, a reforma educacional, ou até mesmo a crença na democracia como um meio pacífico de nivelamento social. A metodologia adotada foi a dedutiva, utilizando como técnica a análise de dados e pesquisa bibliográfica. Conclui-se que uma maior redução nas disparidades de renda e riqueza costuma ser provocada pelo término violento das hierarquias estatais e das instituições extrativistas, sendo notória a atuação dos citados mecanismos atípicos como equalizadores sociais.

Palavras-Chaves: Nivelamento socioeconômico. Desigualdade. *The Great Leveler*.

Abstract: The present study intends to analyze, from the point of view of the Austrian historian Walter Scheidel, in his work *The Great Leveler: Violence and the History of Inequality from the Stone Age to the Twenty-First Century*, how less conventional mechanisms and less thought

¹⁴⁴ Graduanda em Direito na Faculdade Damas (FADIC). E-mail: alice.costa@hotmail.com

¹⁴⁵ Graduando em Direito na Faculdade Damas (FADIC). E-mail: djalmahitech@gmail.com

by the scientific community are capable of leveling disparities in income and wealth - such as plague, famine, war, and revolution. The efficacy of these phenomena, in terms of reducing inequalities, can be verified through history, in view of the expressive levels of socioeconomic leveling caused in these contexts. A fact that is related to the enormous vulnerability of those who hold the capital in these circumstances, subjecting themselves to greater losses. In this sense, the Black Plague emerged in the second half of the 14th century, capable of producing a huge boost to wage demands and contributing to a dramatic contraction of the nobility. In all cities analyzed - Paris, Valencia, Istanbul, Cairo, Vienna, London, Florence, Amsterdam, Strasbourg - real wages peaked after population numbers reached their lowest point (SCHEIDEL, 2017). In this context, we sought to analyze how the explicit phenomena would have their efficacy superimposed on the most well-known mechanisms, such as tax reform, peaceful land distribution, educational reform, or even belief in democracy as a peaceful means of social leveling. The methodology used was deductive, using data analysis and bibliographic research as a technique. It is concluded that a greater reduction in income and wealth disparities is usually caused by the violent termination of state hierarchies and extractive institutions, being notorious the performance of the mentioned atypical mechanisms as social equalizers.

Keywords: Socioeconomic leveling. Inequality. The Great Leveler.

INTRODUÇÃO

Nos tempos em que as comunidades humanas deixaram de ser nômades e houve a sua fixação à terra, vivendo da caça e da agricultura, não havia uma diferença considerável na quantidade de recursos e meios de produção que cada ser humano detinha. Todos trabalhavam de forma a distribuir igualmente os recursos produzidos para gerar o sustento da população. E, na ausência da instituição da propriedade privada, apenas as autoridades de liderança e religiosos possuíam moderada acumulação de bens, em decorrência da importância da função que exerciam. É este um quadro de estabilidade social e econômica na história humana, o qual Karl Marx chamou de primitivo. Neste contexto, a disparidade de renda era quase inexistente (SCHEIDEL, 2017, pag.5).

Entretanto, com o início da transferência da posse dos meios de produção nas mãos dos detentores do poder das primeiras civilizações, sobretudo das terras cultiváveis, a dinâmica da distribuição de recursos materiais tendeu para uma classe econômica dominante. O Estado, em seu modelo mais inicial, atuava como um mantenedor das desigualdades sociais, deixando a maioria da população afastada das decisões políticas enquanto ampliava gradativamente os privilégios da elite. O sistema jurídico das primeiras civilizações, para isso,

legitimava uma hierarquização de autoridades, baseando-se muitas vezes na Religião. Bons exemplos dessa realidade podem ser vistos em sociedades como a egípcia e a mesopotâmica, onde o Estado tinha legitimidade sagrada de gerir os recursos produzidos e acumulados (SCHEIDEL, 2017, pag. 6).

No caso do Egito antigo, um exemplo bastante recorrente usado pelo autor, a principal fonte de riqueza, os campos férteis, era considerada propriedade do Estado, sendo sua administração em maior parte concedida a grandes proprietários de terras. Foi um tipo de distribuição dos meios de produção cuja base política e religiosa estava na figura do Faraó, cuja autoridade era inquestionável (SCHEIDEL, 2017, pág. 8).

No caso da Mesopotâmia, também havia toda uma conjuntura política e religiosa voltada para a manutenção dos privilégios sociais e econômicos de poucos em detrimento de muitos. Não só a posse das terras era bastante concentrada nas mãos de grandes proprietários, como no Egito, mas a carga tributária incidia sobre uma atividade crescente na região, o comércio. As taxas cobradas pelas autoridades aos comerciantes que vinham de todas as regiões do mundo antigo eram usadas para manter o luxo dos servidores públicos próximos do Rei e da classe de sacerdote, aumentando e muito a distância entre ricos e pobres na região (SCHEIDEL, 2017, pág. 8).

Desde o momento em que estas grandes civilizações antigas se consolidaram, a disparidade na distribuição de renda e meios de produção de recursos não parou de crescer, com raras exceções. Uma problemática que tem assolado o ser humano desde então (SCHEIDEL, 2017, pag. 6).

Não faltam ideias de legisladores, pesquisadores e economistas sobre o que deve ser feito para amenizar o problema da disparidade extrema na distribuição de renda. A verdade é que quanto maior a participação democrática e a representatividade em uma civilização, mais robusta costuma ser a legislação tributária frente as tendências centralizadoras do mercado. Por meio disso, pode ser implementada uma efetiva reforma no sistema tributário. Tal Reforma é normalmente promovida por métodos convencionais, como educação, investimentos em tecnologia e reformas agrárias e tributárias pacíficas.

O presente trabalho, porém, não trata destes métodos de redistribuição das desigualdades sociais. Ao invés disso, abordam-se os mecanismos menos convencionais e menos pensados pela comunidade científica, e que têm mostrado demasiada eficácia em relação aos mais conhecidos. São a fome, a epidemia, a guerra, o colapso e a revolução. Aborda-se a detalhada viagem que Scheidel faz através da História para demonstrar o quão decisiva foi a participação destes fatores no processo de "frear" a desigualdade socioeconômica.

Na ausência de um nivelador advindo da participação democrática, a desigualdade de renda e capital foi crescendo ao longo da História de forma constante, seja no Egito faraônico, na Inglaterra vitoriana, no Império Romano ou nos Estados Unidos. Os integrantes do Governo

dessas civilizações, apesar de terem chance, não se empenharam em criar sistemas legais de distribuição de renda, ao mesmo tempo que impediam a população de exigir tais mudanças. Porém, choques violentos, nas palavras de Scheidel, foram importantes para desacelerar, ou mesmo interromper, o distanciamento de renda e riqueza entre ricos e pobres. É possível citar diferentes niveladores de desigualdade: fome, doença, revolução, guerra e colapso. Ora trabalhando juntos, ora separados, estes elementos, tal como suas referências apocalípticas no texto bíblico, devastaram inúmeras civilizações e ceifaram centenas de milhões de vidas (SCHEIDEL, 2017, pag.6).

A doença certamente merece uma atenção especial no tocante a redução das desigualdades no mundo. Mais pessoas morreram em decorrência de grandes epidemias que atingiram todo o planeta do que em todas as outras causas naturais ou criadas pelo ser humano juntas. Por causa de sua letalidade, não é difícil entender que a doença foi usada intencionalmente por diversas vezes em diferentes momentos históricos para erradicar sociedades inimigas. É possível citar como exemplo o fato de a maior arma usada pelos espanhóis contra os incas não foi o cavalo, a pólvora e o aço, mas sim a varíola, o sarampo e a gripe (GEOFFREY, 2000, pág. 95).

O autor volta-se à Idade Média, em meados do século XIV, quando a peste bubônica, mais conhecida como Peste Negra, partiu do deserto de Gobi, no norte da China, para se alastrar pela Índia, o Oriente Médio, o Norte da África, a Europa Continental e a Grã-Bretanha (SCHEIDEL, 2017, pag. 293). A pandemia devastou cidades, paralisou o comércio mundial e ceifou mais de um terço da população da Europa. Mas seus efeitos sociais e demográficos levaram a mesma tendência descentralizadora demonstrada anteriormente.

Isso pode ser visto no campo. Com a morte de milhões de trabalhadores rurais, a quantidade de terras cultiváveis por habitante aumentou muito, tornando as taxas e preços destas mais baratos. Mais pessoas pobres tinham a esperança de ter seu pedaço de terra e ganhar a vida trabalhando nele, enquanto muitos nobres perdiam suas terras em decorrência da queda de preços (SCHEIDEL, 2017, pag. 298). Além disso, o temor religioso provocado pelo advento da praga aumentou muito a quantidade de doações e de ações caritativas em prol dos mais pobres, distribuindo mais ainda a riqueza dos nobres para os pobres.

A peste negra levou a uma queda dramática no número da população e observadores contemporâneos da Europa Ocidental foram rápidos em perceber o impulso que a mortalidade em massa deu às demandas salariais. Observando as necessidades e a escassez de empregados, muitas pessoas começaram a se recusar a trabalhar pelo salário anteriormente estipulado (SCHEIDEL, 2017, pag. 297). Em todas as cidades analisadas- Paris, Valência, Istambul, Cairo, Viena, Londres, Florença, Amsterdã, Estrasburgo-, os salários reais atingiram um pico pouco depois de os números da população terem atingido seu ponto mais baixo (SCHEIDEL, 2017, pag. 301). Embora os salários rurais sejam bem menos documentados, um

forte aumento induzido pela peste é visível na Inglaterra. Resultados semelhantes também podem ser observados no Mediterrâneo Oriental (SCHEIDEL, 2017, pag. 302).

Uma redução no preço da terra e dos alimentos e um aumento no preço do trabalho favoreceram mais os pobres, em detrimento dos ricos. A demanda por trigo caiu, mas os preços de carne, queijo e cevada (este último usado para cerveja) persistiram, apontando para melhorias na dieta que davam aos trabalhadores acesso a alimentos que costumavam ser preservados aos que estavam em melhor situação. A demanda por bens de luxo cresceu. Além de salários mais altos, trabalhadores ingleses podiam exigir e obter tortas de carne e cerveja como parte de sua compensação financeira (SCHEIDEL, 2017, pag. 305).

Um forte sinal de nivelamento é fornecido por duas leis suntuárias da Inglaterra. Elas também eram conhecidas como Estatuto do Vestuário ou Atos do Vestuário, e não permitiam que certos itens de luxo fossem possuídos por certas classes de pessoas - fazendo com o que a identificação de hierarquia social fosse clara. Em 1337, o parlamento decretou que apenas os nobres e clérigos com a renda anual de pelo menos mil libras esterlinas tinham o direito de usar peles, consideradas um mercado de status. Entretanto, quinze anos depois da chegada da peste negra, uma nova lei de 1363 permitia que todos, exceto os trabalhadores mais humildes, usassem peles. As autoridades simplesmente procuravam ordenar quais peles de animais poderiam ser usadas por membros de um grupo social - de coelho e gato na extremidade inferior da ordem social, até peles brancas e muscálicas no topo. Esse foi um sinal de erosão das barreiras de status que mesmo essas restrições mais modestas passaram a ser desconsideradas (SCHEIDEL, 2017, pag. 305). A peste contribuiu para uma dramática contração da nobreza: ao longo de duas gerações, três quartos de famílias nobres foram deixadas sem herdeiros. Entretanto, as classes proprietárias acabaram desenvolvendo estratégias para proteger suas propriedades. Adaptações institucionais - como o uso de fideicommissum - permitiam que a propriedade fosse mantida dentro da família mesmo na ausência de herdeiros legítimos (SCHEIDEL, 2017, pag. 308). Essas adaptações foram capazes de manipular o mercado de trabalho por meios coercitivos, provando que mesmo as epidemias mais devastadoras não podem, por si só, igualar a distribuição da riqueza ou da renda. Os efeitos de nivelamento da peste ficaram restritos ao tempo, pois foram gradualmente desfeitos, à medida que os números populacionais se recuperaram (SCHEIDEL, 2017, pag. 313).

Por muitas vezes outros niveladores surgiram em decorrência da epidemia, tais como o consequente colapso de uma civilização, a fome e até a guerra. No que tange ao colapso de estados ou civilizações inteiras, é notório que seja capaz de causar um expressivo nivelamento socioeconômico, levando em consideração a enorme vulnerabilidade dos que detêm o capital nessas circunstâncias, sujeitando-se a maiores perdas.

Ainda precisamos considerar a contribuição de outro e não muito diferente agente de mortalidade em massa: a fome. Duas épocas de forte escassez de alimentos merecem maior atenção, tendo em vista a sua dimensão e seu potencial para reformular a distribuição de renda e riqueza. A primeira trata da grande fome de 1315 a 1318, que precedeu a peste negra por uma geração. Naqueles anos, o clima excepcionalmente frio e úmido no noroeste da Europa causou falhas generalizadas nas colheitas e coincidiu com epizootias que dizimaram o gado. Essa calamidade, no entanto, não precipitou mudanças no preço e no trabalho semelhante às da peste negra. Embora os salários dos trabalhadores subissem um pouco, os preços ao consumidor subiram muito mais rápido na cidade e no campo (SCHEIDEL, 2017, pag. 331).

Os dados são escassos, mas a pouca informação disponível não aponta para um nivelamento significativo. Os índices de renda em Londres e Florença que relacionam os salários qualificados e não qualificados aos preços não mostram melhora no período entre 1300 ou 1320 e 1340. Os salários rurais na Inglaterra permaneceram mais ou menos estáveis de 1300 a 1349. A ausência observada de nivelamento induzido pela fome não é difícil de entender: a mortalidade em massa foi limitada a alguns anos. Amortecida pelo subemprego existente, o atrito não foi prolongado nem grave o suficiente para antecipar os efeitos econômicos da peste negra (SCHEIDEL, 2017, pag. 331).

A fome da batata irlandesa, de 1845 a 1848, por sua vez, foi uma epidemia de plantas, bem como uma crise alimentar, desencadeada pela propagação do fungo de água *pytophthora infestans*. Juntamente com a emigração e uma queda na taxa de natalidade, esse evento reduziu a população do censo de 8,2 milhões em 1841 para 6,8 milhões dez anos depois (SCHEIDEL, 2017, pag. 332). O número de trabalhadores agrícolas encolheu ainda mais rapidamente, de 1,2 milhão em 1845 para 900 mil em 1851. A princípio, essa contração demográfica tem uma grande semelhança com a provocada pela onda inicial da peste negra de 1347 a 1350. Mas não foi suficientemente devastadora para introduzir mudanças duradouras (SCHEIDEL, 2017, pag. 332).

De certa forma, as enormes perdas demográficas por meio da fome e da migração subsequente, bem como o declínio da fertilidade, renderam benefícios econômicos comparáveis aos de uma grande pandemia. Os salários reais e os padrões de vida aumentaram constantemente após a fome. Mas não está claro se as melhorias nas condições gerais de vida foram acompanhadas por maior igualdade na distribuição de ativos ou renda. Devido à deserção e despejos, os anos de fome testemunharam uma redução dramática no número de propriedades rurais pequenas, o que acabou ampliando a desigualdade no acesso à terra (SCHEIDEL, 2017, pag. 333).

A guerra, provavelmente é o mais notável nivelador das disparidades de renda e riqueza, não pelo seu impacto em relação aos outros já citados, mas por seus efeitos serem mais

facilmente estudados. Os confrontos armados têm um efeito duradouro nas nações envolvidas, principalmente no aspecto econômico. Isso se faz evidente no fato de que os conflitos em geral afetam negativamente tanto a classe trabalhadora quanto a classe industrial e financeira. Porém, com ênfase para estes dois últimos. Dessa forma, não por causa do aumento de renda e riqueza nas mãos dos pobres que a guerra se faz uma niveladora, mas por diminuir a riqueza e a renda dos ricos, diminuindo o abismo entre os dois.

No livro estudado, isso é demonstrado analisando a situação econômica do Império do Japão, antes e depois do término da Guerra no Pacífico (SCHEIDEL, 2017, pag. 115). Nos séculos anteriores a eclosão da Segunda Guerra Mundial, o Japão era regido por um modelo político e econômico semelhante à Europa Medieval. A posse dos meios de produção e da tomada de decisões no arquipélago era de grandes clãs de famílias rurais que dominavam cada qual uma parte do território. O Japão, nesse viés, não possuía uma política unificada como o de um Estado moderno. Esses grandes clãs detentores de terras Governaram o Japão por mil anos, do Século VIII ao XIX, no regime que foi conhecido como Xogonato.

Essa forma de organização econômica e política das ilhas japonesas mudou no final do Século XIX com o advento da era Meiji, um rápido processo de industrialização, modernização e aprimoramento do aparato militar do exército nacional. Não havia mais regência do sistema feudal. Agora o Japão era um Estado Moderno e centralizado na figura do Imperador.

Apesar de a Era Meiji ter trazido uma relativa prosperidade e um crescimento econômico constante para o Japão, a população sofria os efeitos da ausência de políticas públicas de distribuição de riquezas que acompanhassem esse crescimento econômico. Por conseguinte, dois terços das terras cultiváveis ainda estavam na posse de grandes senhores de terra remanescentes do regime do Xogonato, deixando os camponeses em situação de miséria. Além disso, a nova classe industrial e bancária, sem qualquer tipo de entrave tributário dominou as cidades e seus trabalhadores, constituindo o 1% mais rico da população japonesa que detinha 20% de toda a riqueza disponível em 1938 (SCHEIDEL, 2017, pag.116).

O quadro de disparidade econômica do Japão antes da guerra foi devastador para a população. Milhões de trabalhadores rurais não tinham terras o suficiente para alimentar suas famílias, tornando-se contingente a ser ingressado no Exército Imperial Japonês. O restante era obrigado a emigrar para os grandes centros urbanos para trabalhar nas indústrias voltadas para a guerra. A máquina de guerra do Japão, desse jeito, pulou de um quarto de milhão de soldados operando para o contingente de cinco milhões em 1945 (SCHEIDEL, 2017, pag.117).

Após a Guerra, entretanto, a devastação da economia industrializada japonesa gerou um movimento centralizador em prol da classe mais desfavorecida economicamente. As fábricas pararam de produzir, afetando a fortuna da classe industrial. Assim, não foi o aumento do

poder aquisitivo dos pobres que diminuiu sua diferença em relação ao mais ricos, mas sim o empobrecimento com a derrota de seu país para os EUA.

Além disso, a ocupação americana após a vitória propiciou a reforma agrária em favor dos pobres, no intuito de desestimular possíveis movimentos neoimperialistas e diminuir o contingente da potencial reserva de soldados (SCHEIDEL, 2017, pag.117). O fim do conflito prejudicou em maior parte a classe industrial dominante no Japão. A ilha passou por um intenso processo de transformação social imposta pelos EUA para facilitar a mobilidade entre as classes, de forma a distribuir renda e fortalecer um aparato democrático capaz de conter uma possível volta de ambições imperiais. A medida mais importante adotada foi a revitalização do sistema educacional. No final, de forma indireta e indiretamente, a disparidade socioeconômica no Japão foi diminuída de forma estrondosa pela Guerra.

À primeira vista, a expansão das instituições democráticas pode parecer um meio pacífico de nivelamento. Entretanto, assim como a evolução da antiga democracia ateniense parece ter sido entrelaçada com guerra de mobilização em massa, a extensão do modelo democrático, em muitos países ocidentais, durante a primeira metade do século XX, foi significativamente ligada aos choques das duas guerras mundiais. Os episódios de democratização - como o surgimento do sufrágio masculino universal na casa do século XIX na Grã-Bretanha; O movimento de sufrágio feminino em vários países europeus e nos EUA no século XX; e o direito ao voto dos afro-americanos no sul dos Estados Unidos, em 1965 - todos foram eventos dramáticos nas histórias desses países, e sua incidência ocorreu durante um período relativamente longo de tempo. (GRADSTEIN, 2007, pag 20).

Nesse sentido, mesmo que se demonstre que a democracia teve um efeito equalizador na distribuição de recursos materiais nessas sociedades, qualquer processo desse tipo seria, pelo menos em parte, impulsionado por pressões de guerra. (SCHEIDEL,2017,pag. 365).

Além disso, o conhecimento sobre a relação entre democracia e desigualdade produziu resultados contraditórios. Baseando-se em 538 observações de 184 países, entre 1960 até 2010, Daron Acemoglu e seus associados não encontram nenhum efeito consistente da democracia no mercado ou mesmo desigualdade de renda disponível. Um efeito negativo observado no coeficiente de gini da distribuição de renda disponível não alcança significância estatística. (SCHEIDEL, 2017, pag. 365).

Uma maior democratização nem sempre reduz a desigualdade. Embora a democracia realoque o poder "de jure" a agentes mais pobres, segmentos mais ricos da sociedade podem tomar outras medidas para compensar isso aumentando seu poder "de facto". Essa possibilidade foi levantada pela primeira vez em Acemoglu e Robinson (2008)(pag.

1895). Ainda, encontra-se algumas evidências consistentes sugerindo que a democracia redistribui dos ricos e dos pobres para a classe média e, portanto, seu efeito sobre a desigualdade pode depender da posição relativa da classe média em relação aos pobres e

aos ricos. No geral, as evidências sugerem que o impacto da democracia sobre a desigualdade é limitado. (pag. 1955).

O autor aborda, ainda, o mais recente nivelador social: as revoluções. Refere-se aqui às revoluções de maneira abrangente, pois fica claro ao se examinar a história das sociedades da era moderna, que independentemente da ideologia na qual se sustentam, elas funcionam como incríveis distribuidoras de recursos materiais. O motivo disso é evidente no fato de que todas as revoluções levantadas pelo autor decorrem da atuação da mão forte do Estado para agradar a massa que tornou possível a mudança no poder constituinte. Isso significa uma mudança drástica da ideologia sobre a qual a Lei é editada e dos agentes responsáveis pelo rito de elaboração deles.

Com isso, o novo poder instaurado é capaz de se manter no controle, seja pela distribuição dos meios de produção, através de reforma agrária, por exemplo, ou pela modificação da carga tributária sobre o trabalho. É possível notar, também, uma semelhança entre as revoluções bem sucedidas: a violência. Meios pacíficos, como compensação indenizatória por propriedades confiscadas, nunca se mostraram tão eficazes para gerar mobilidade social quanto às mudanças que adotaram a força.

Vemos essa configuração do uso da força na Revolução Russa de 1917, quando os novos donos do poder, liderados por Vladimir Lênin, estatizaram os meios de produção, tais como terras, fábricas e a própria matéria prima. O povo que compunha a recém formada União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, em decorrência disso, passou a ganhar um faturamento mais igualitário que o antigo sistema de produção feudal na Rússia Czarista, já que o Estado determinou que todos trabalhassem diretamente para ele.

Além do caso da Rússia, para explicar a dinâmica descentralizadora das revoluções mais detalhadamente, Sheidel nos trás o período ditatorial de Mao Tsé Tu (SHEIDEL, 2017, pag. 223). Foi um período bastante conturbado na história da China. Mais de vinte e cinco milhões de pessoas foram mortas por Mao, e mais centenas de milhares foram forçadas a trabalhar forçadamente em campos de trabalhos rurais. Porém, com a aplicação de uma política agrária voltada para a distribuição de terras para o camponês que vivia em uma situação miserável, a China de 1948 em diante saía de sua velha hierarquia dominada pela classe agrária. Até o ano de 1951, por exemplo, 40% das terras próprias da agricultura foram redistribuídas, dando a oportunidade de ter auto sustento ao pequeno camponês. Por causa dessa política econômica, a parcela de posse de terra por pequenas famílias na China saía de 14% para 90% em pouquíssimo tempo, fomentando a criação de uma nova classe média.

REFERÊNCIAS

SCHEIDEL, WALTER. THE GREAT LEVELER: VIOLENCE AND THE HISTORY OF INEQUALITY FROM THE STONE AGE TO THE TWENTY-FIRST CENTURY. PRINCETON UNIVERSITY PRESS, 2017.

OLANIYI, BANWO ADETORO. DECLINE AND OVERVIEW OF THE TANG DYNASTY. INTERNATIONAL JOURNAL OF SCIENCE AND RESEARCH (IJSR), 2014.

ACEMOGLU, DARON ET AL. DEMOCRACY, REDISTRIBUTION, AND INEQUALITY. ELSEVIER, 2015.

GRADSTEIN, MARK. INEQUALITY, DEMOCRACY AND THE PROTECTION OF PROPERTY RIGHTS. THE ECONOMIC JOURNAL, VOLUME 117, 2007.

MARX, KARL. O MANIFESTO COMUNISTA. EDITORA PAES E TERRA, 2008.

POUCHMANN, MARCIO. DESIGUALDADE ECONÔMICA NO BRASIL. EDITORA IDEIAS E LETRAS, 2015.

BLANEY, GEOFFREY. UMA BREVE HISTÓRIA DO MUNDO. EDITORA FUNDAMENTO. 2000.

MALTHUS, THOMAS. ANEXO ESSAY ON THE PRINCIPLE OF POPULATION. ELECTRONIC SCHOLARLY PUBLISHER. 1998.

CRIPTOMOEDAS: A MOEDA VIRTUAL BITCOIN E SEUS EFEITOS FISCAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*Laura Silva de Oliveira*¹⁴⁶

Orientadora Mcs. Anna Priscylla Lima Prado

Resumo: Este artigo tem intuito de abordar, a possibilidade de tributação em transações online da criptomoeda *bitcoin* e quais as consequências dentro do sistema jurídico brasileiro, sendo este o seu objetivo geral, e em seus objetivos específicos, explicar sobre o surgimento da moeda, a evolução da sociedade com a globalização e tecnologia, dentre outros. Haja vista que esse tipo de moeda é recente no mercado econômico e não é observada por nenhum tipo de legislação. Sabe-se que desde os primórdios da humanidade o mundo e as pessoas que nele habitam passaram por grandes transformações, entretanto, destaca-se a globalização, que transformou a maneira do mundo em se conectar e se relacionar, uma vez que afetou diretamente as relações de consumo e a forma que as pessoas lidam com o dinheiro. Desta feita, o presente artigo irá abordar desde o surgimento da problemática desta pesquisa, mostrando sua relevância para a sociedade e como pode afetar a vida do consumidor e o universo jurídico, uma vez que as moedas virtuais são um novo método de pagamento que atendem as necessidades de consumidores mais modernos, lhe concedendo vários benefícios, entre eles; a agilidade nas transações, mais comodidade e até mesmo menos gastos. Através do estudo bibliográfico se fará um levantamento acerca da história da moeda e como foi o seu surgimento, enquadrando a evolução da sociedade e seus marcos históricos como a globalização e o avanço tecnológico através do método histórico, e a forma de funcionamento das bitcoins. Outros métodos de pesquisa que serão abordados serão o método dedutivo e dialético, para que se possa entender a lógica por trás das moedas virtuais. Uma vez que tal tema ainda é cinzento dentro do sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chaves: Criptomoedas. Bitcoins. Regulamentação. Direito tributário.

Abstract: This article has the intention to approach, verifying the possibility of taxation in online transactions of the bitcoin cryptocurrency and what are the consequences within the Brazilian legal system, being this its general objective, and in its specific objectives, to explain about the emergence of the currency, society with globalization and technology, among others. It should be noted that this type of currency is recent in the economic market and is not observed by any type of legislation. It is known that since the dawn of humanity the world and the people who

¹⁴⁶Graduanda em Direito pela Uninassau. E-mail: lauraoliveira2304@gmail.com

inhabit it have undergone great transformations. However, globalization stands out, which has transformed the way the world connects and relates, since it has directly affected consumer relations and the way people deal with money. This article will focus on the emergence of the problem of this research, showing its relevance to society and how it can affect the life of the consumer and the legal universe, since virtual currencies are a new payment method that meet the modern consumer needs, giving it several benefits, among them; the agility in the transactions, more convenience and even less expenses. Through the bibliographical study will make a survey about the history of the currency and how it emerged, framing the evolution of society and its historical milestones such as globalization and technological advancement through the historical method, and the way the bitcoins work. Other research methods that will be approached will be the deductive and dialectical method, so that one can understand the logic behind the virtual currencies. Since this issue is still gray within the Brazilian legal system.

Keywords: Cryptocurrency. Bitcoins. Regulation. Tax law

INTRODUÇÃO

Sabe-se que desde os primórdios da humanidade o mundo e as pessoas que nele habitam passaram por grandes transformações, sendo elas biológicas, sociais, políticas, econômicas, tecnológicas, entre tantas outras. Entretanto, destaca-se a globalização, que transformou a maneira do mundo em se conectar e relacionar-se, uma vez que afetou diretamente as relações de consumo e a forma que as pessoas lidam com o dinheiro.

O presente artigo tem intuito de abordar e verificar-se a possibilidade de tributação acerca das criptomoedas, em especial a *bitcoin*, e quais as consequências dentro do sistema jurídico brasileiro, sendo este o seu objetivo geral, e em seus objetivos específicos, explicar sobre o surgimento da moeda, a evolução da sociedade com a globalização e tecnologia.

Com o avanço da modernidade e da tecnologia, atualmente o mundo sofre uma grande transformação, essa que ocorre dentro do setor econômico, surgindo um novo tipo de moeda, mais especificamente a criptomoeda *bitcoin* que se utiliza de dados criptografados para realizar suas transações e que será levantada no presente artigo, haja vista que Direito e Economia caminham lado a lado para que uma sociedade conviva de forma harmoniosa, e em certos momentos podem ocorrer grandes rupturas e se faz necessário que se adaptem novamente. Sabe-se que há algumas décadas a sociedade vem passando por diversas transformações, sendo elas políticas, sociais, culturais e econômicas, principalmente após a revolução industrial várias mudanças ocorreram, dentre elas surgiu um novo fenômeno que ficou conhecido como globalização. Com o advento da globalização e a chegada da internet a forma do ser humano se relacionar transformou-se de uma forma inimaginável, inclusive a forma de efetuar

pagamentos e consumir produtos e serviços. Neste estudo também será abordado a origem da moeda *bitcoin*, o seu surgimento, os benefícios e os desafios que a mesma enfrenta, a regulamentação em âmbito nacional, haja vista que não é regulamentada por nenhuma entidade financeira ou órgão governamental.

Através do estudo bibliográfico se fará um levantamento acerca da história da moeda e como foi o seu surgimento, enquadrando a evolução da sociedade e seus marcos históricos, outros métodos de pesquisa que abordados foram o método dedutivo e dialético. Uma vez que tal tema ainda é cinzento dentro do sistema jurídico brasileiro.

1. NASCIMENTO DO DINHEIRO

Para compreender a origem das criptomoedas *bitcoin*, é necessário fazer-se uma viagem no tempo para que se saiba como foi o surgimento do dinheiro que conhecemos na atualidade e sua evolução histórica. O dinheiro é muito importante para a sociedade, uma vez que ele é o encarregado pelo funcionamento da economia, mas nem sempre foi assim.

Nos primórdios da humanidade não existia dinheiro, tudo que a o homem pré-histórico se preocupava era com sua fome, proteger-se do frio, que se abrigava em cavernas e alimentava-se de frutos silvestres, e com o que obtia da pesca e da caça. Contudo com o passar do tempo, com a evolução e com o desenvolvimento da inteligência a espécie humana percebeu que havia uma necessidade de se viver mais confortavelmente e a notar o seu semelhante e então se baseando nas necessidades individuais de cada ser humano (GONÇALVES, 1984), que surgiu um dos sistemas mais famosos conhecidos pela sociedade de fazer-se negócio, o escambo, que basicamente é o sistema de trocas.

No sistema de escambo não existia a equivalência de valores, as pessoas trocavam alimentos, frutas, colheitas, animais, produtos, prestação de serviços e diversos itens, sendo assim considerado a maior moeda de troca da história da humanidade. Esse sistema de trocas, perdurou por muitos séculos. (GONÇALVES, 1984).

Em “Ascensão do dinheiro” livro do professor Nial Ferguson, que ministra aulas em Havard, ele descreve através de fatos históricos o surgimento do dinheiro, que após o escambo, os povos antigos na mesopotâmia, utilizavam-se de placas de argila, que funcionavam como uma promessa de pagamento, dando origem a palavra crédito, derivada do latim “*creditum*”, que significa crença, confiança, empréstimo, pois para se existir uma relação financeira é necessário a confiança entre as partes.

Historiadores dizem que as primeiras moedas, que se parecem com a forma que se conhece hoje, surgiram na Lídia, que mais tarde tornara-se Turquia, no século VII A.C, e eram feitas de metais ou metais preciosos como ouro e prata. Também foi nesse período que apareceu a cunhagem. Com o passar dos séculos e a evolução da sociedade, maneira de produzir moeda foi sendo reinventada, abandonado a utilização de metais nobres e utilizando metais menos

raros, todavia a moeda sempre esteve associada a algum atributo cultural, que quase sempre, apresentam algum tipo de desenho em suas faces com algum tipo de representatividade, seja ela cultural, histórica e etc.

Sabe-se que o dinheiro é uma parte fundamental da sociedade e o principal responsável por movimentar a economia mundial, ele é tão importante para a civilização atual, que não se consegue imaginar um mundo onde não exista dinheiro. Porém nem sempre foi assim, com a chegada da globalização e da tecnologia a forma de locomover-se, comunicar-se e também de pagar-se foram completamente transformadas. Do escambo para pagamentos feitos via online.

1.1 HISTÓRIA DA MOEDA NO BRASIL

No período colonial, havia-se pouca circulação de moedas, utilizava-se muito o sistema de trocas, para movimentar a economia, através da troca de açúcar, fumo, madeira, algodão e as poucas moedas existentes em terras brasileiras eram cunhadas em Portugal.

A primeira casa da moeda nasceu no estado da Bahia e começaram a ser criadas de acordo com aquele local que precisava de dinheiro, sendo seguidas pela criação da casa da moeda do estado do Rio de Janeiro, Pernambuco e Minas Gerais. Dentre os inúmeros motivos que levaram a família real portuguesa a sair do Nordeste e se instalar no Rio de Janeiro, foram as guerras napoleônicas, que ocasionaram um engrandecimento nos gastos e a falta de metais preciosos para a produção de moedas, fez com que surgisse a necessidade da emissão de moeda no papel para atender o comércio, então em 1810, criou-se o Banco do Brasil. (DREYER, 2018)

No Brasil império quando D. João VI resolveu voltar para Portugal com toda sua corte o mesmo esvaziou as reservas bancárias, que ocasionou que as cédulas fossem emitidas sem lastro metálico suficiente, sofrendo uma forte desvalorização da moeda neste período. Destarte quando D. Pedro I assumiu o império em 1822 os cofres públicos estavam vazios e a dívida pública encontrava-se altíssima. Quando D. Pedro II se tornou imperador do Brasil, houve uma melhora na situação econômica do país, mas devido a produção cafeeira, que foi um dos centros da economia brasileira por cerca de 100 anos, juntamente com a construção de estradas e ferrovias. No ano de 1888, com a abolição da escravidão, foi um grande marco para a sociedade brasileira, uma vez que se disponibilizou mão de obra para o mercado de trabalho possibilitando a industrialização do país. Contudo o Brasil enfrentou diversas crises econômicas e a desvalorização da moeda fez-se paulatinamente corriqueira. O governo federal passou a ser o único a ter competência para emitir-se moeda e o dia-a-dia, passou-se a utilizar o mil-réis.

No entanto devido a primeira guerra mundial (1914-1918) o mil-réis se desvalorizou muito e com a quebra da bolsa de valores em 1929, que afetou a economia mundial. Com o governo

ditatorial de Getúlio Vargas houve uma preocupação na criação de medidas que estimulassem a indústria, surgindo assim no ano de 1941 a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) e a Companhia Vale do Rio Doce. Sendo o cruzeiro estabelecido como moeda padrão, substituindo o real. (DREYER, 2018)

Em 1967 já na ditadura militar o Brasil passou por um fenômeno que ficou conhecido como milagre econômico, fazendo com que o PIB brasileiro chegasse a 11% ano. Sabe-se que a partir de 1983, quando iniciou-se a nova república. O Brasil estava com a dívida externa altíssima e a inflação instável, sendo o alvo principal de inúmeros planos econômicos afim de estabilizar-se a economia brasileira.

Entre as medidas que foram adotadas estava a reforma monetária afim de criar uma nova moeda, sendo o cruzado. No ano de 1986 entrou em vigência o plano cruzado II, sendo implantados diversos planos econômicos entre 1987 e 1991. Até que no ano de 1994 o então Presidente da república Itamar Franco resolveu adotar um único indexador na economia, designando a unidade Real. (DREYER,2018)

2. CRIPTOMOEDAS

Criptomoedas ou as moedas virtuais, que segundo o Banco Central Europeu, são uma espécie de dinheiro virtual não regulamentado pelos bancos ou governos, usualmente disseminado e controlado por seus desenvolvedores e este dinheiro virtual é aceito e usado entre membros de comunidades específicas.

Na prática, as moedas virtuais são uma nova maneira de realizar-se transações financeiras, uma vez que não é controlada por bancos ou governos, a mesma não sofre com as desvalorizações e inflações como o Euro, Dólar, Real. Entretanto as moedas virtuais possuem suas próprias cotações iguais ao dinheiro tradicional. Sabe-se que existem uma grande variedade de moedas virtuais atualmente, apenas no site especializado Coin Market Cap, existe em torno de 1.977 tipos de criptomoedas, que na data de 20 de setembro de 2018 tinham juntas uma capitalização de mercado no valor de R\$ 825.496.967.510, entretanto o valor de capitalização da moeda *bitcoin* ultrapassava a metade do valor de capitalização de todas as criptomoedas existentes.

2.1 O QUE É BITCOIN?

Bitcoin é uma espécie de dinheiro, assim como o euro, a libra esterlina, o dólar, o real, entre outras conhecidas pela sociedade, entretanto o bitcoin não existe no mundo físico, somente no virtual, sendo assim totalmente digital e não relacionado com nenhuma entidade governamental ou bancária, sendo assim uma moeda descentralizada.

BITCOIN É UMA MOEDA DIGITAL peer-to-peer (par a par ou, simplesmente, de ponto a ponto), de código aberto, que não depende de uma autoridade central. Entre muitas outras

coisas, o que faz o Bitcoin ser único é o fato de ele ser o primeiro sistema de pagamentos global totalmente descentralizado. Ainda que à primeira vista possa parecer complicado, os conceitos fundamentais não são difíceis de compreender. É importante notar que as transações na rede Bitcoin não são denominadas em dólares, euros ou reais, como são no PayPal ou Mastercard; em vez disso, são denominadas em bitcoins. Isso torna o sistema Bitcoin não apenas uma rede de pagamentos descentralizada, mas também uma moeda virtual. O valor da moeda não deriva do ouro ou de algum decreto governamental, mas do valor que as pessoas lhe atribuem. O valor em reais de um bitcoin é determinado em um mercado aberto, da mesma forma que são estabelecidas as taxas de câmbio entre diferentes moedas mundiais. (ULRICH, 2014. p.17-18)

Entretanto apesar de atualmente existirem vários tipos de moedas virtuais no mercado, a bitcoin é uma das que mais tem destaque, haja vista que é a mais consolidada e forte no mercado mundial entre seus consumidores, pois além de ser descentralizada, não há necessidade da intervenção de terceiros nas relações comerciais.

2.2 COMO SURTIU O BITCOIN E COMO FUNCIONA SEU PROCESSO DE CRIAÇÃO

Não se sabe ao certo como surgiu o *bitcoin*, mas tudo indica que no ano de 2008, em um fórum online na internet chamado Reedit, um usuário ou um grupo de usuários com o codinome de Satoshi Nakamoto divulgou seu código, assim se espalhando por toda internet. É importante destacar que o bitcoin funciona em uma rede peer-to-peer, em tradução livre, seria como o funcionamento em pares, sendo uma espécie de criptografia de chave pública, concedendo duas chaves ao usuário, sendo uma privada e outra pública. A chave privada fica restrita ao uso de senha pelo usuário e a pública é partilhada para todos os usuários da rede, e todas as transações ficam gravadas em uma espécie de bloco, conhecido como *blockchain*. O *blockchain* é uma tecnologia que por meio de mecanismos criptográficos concede, a rapidez de transações complexas. (SILVA, 2017). Uma vez criado o *blockchain*, irá analisar-se quais serão os tipos de transações que utilizarão o mesmo como base, e alguns critérios básicos para definir e auxiliar na classificação dos processos que serão elegíveis, destacando dois, que são recorrentes para o uso da moeda *bitcoin*; transações que requeiram registros exclusivos e não alteráveis; primando o aumento ou a implantação de uma relação de confiança junto aos membros da rede de negócio. Haja vista que será no *blockchain* que será estabelecido as regras de negócio aplicadas ao sistema, e a partir daí todas as transações e operações são feitas de acordo com o que foi programado previamente no bloco.

A chegada da internet não apenas mudou as formas como as pessoas se comunicam, se relacionam, ou andam pelos lugares, modificou-se as relações de consumo, haja vista que seguindo uma tendência mundial, as pessoas preferem realizar compras online e terem os produtos entregues no conforto de seu lar, do que saírem e frequentarem uma loja física. A

moeda *bitcoin* surgiu com o intuito de revolucionar a moeda que se conhece hoje, facilitando, acelerando e diminuindo custos nas transações online.

2.3 BENEFÍCIOS E DESAFIOS DA CRIPTOMOEDAS *BITCOIN*

Uma pergunta frequente feita pelas pessoas que escutam sobre *bitcoins* a princípio é: por que eu usaria *bitcoins* quando posso usar as moedas convencionais ou outros métodos de pagamento que aparentemente são mais confiáveis? A aplicação da moeda *bitcoin* como um novo método de pagamento, tem uma gama de benefícios entre eles, como custos menores nas transações financeiras, haja vista que não é necessário a utilização de um intermediário para realização desta transação como é no caso dos cartões de créditos (Visa, Master, sendo estes intermediários entre os bancos), sendo assim as transações com *bitcoins* tornam-se mais baratas e mais rápidas.

Sabe-se que para pequenas empresas que trabalham com margens pequenas, os custos são altos e o *bitcoin* seria uma maneira de reduzir os custos nas transações, já que não é necessário o intermediário, uma vez que para o pequeno empreendedor os gastos com tal intermediário acabam tornando-se grandes e o mesmo pode perder uma parcela pequena do seu lucro, e de sua clientela se não aceitar tal forma de pagamento. Como o *bitcoin* facilita tais transações, conseqüentemente o custo com as operadoras de cartão de crédito seriam menores, chegando a nenhum, removendo as cobranças custosas de tais operadoras.

A expansão do rol de escolhas de pagamentos é algo que beneficiarias e agradaria todos os gostos, sendo assim quem prefere a utilização do cartão de crédito e os benéficos que o mesmo oferece continuariam a operar desta maneira, já aqueles que preferem mais rapidez, menores custos e privacidade utilizariam o *bitcoin*. Uma vez que o pagamento com a moeda *bitcoin* faria com que os comerciantes reduzissem seu custo de venda, não havendo gastos com intermediários, os produtos seriam repassados com os valores finais e não com acréscimos aos consumidores.

Outro benefício que a utilização do *bitcoin* pode trazer é que o mesmo pode funcionar como potencial arma contra a pobreza e opressão, uma vez que em muitos países o acesso a serviços financeiro é precário, aumentando o acesso de pessoas a recursos financeiros básicos. Indivíduos que se encontram em situação de risco ou de opressão, como mulheres que estão fugindo de seus parceiros abusivos e precisam de alguma alternativa para gastar seu dinheiro de maneira discreta e sem serem rastreadas, uma vez que o *bitcoin* proporciona uma privacidade financeira aos seus usuários.

Um dos grandes desafios que esse tipo de moeda traz é apresentar processos que reduzam ou evitem a produção de oportunidade, para que pessoas más intencionadas comentam crimes, haja vista que a *bitcoin* é uma moeda totalmente digital, descentralizada, e não sofre fiscalização de nenhum tipo de órgão governamental ou regulador, facilitando a vida dos

criminosos, para cometer atos que vão de desencontro com atos lícitos e permitidos pelas leis do país. Desta feita deve-se criar sistemas que diminuam tais práticas, mas que mantenham os benefícios e vantagens que sua utilização traga aos consumidores.

3. REGULAMENTAÇÃO DA BITCOIN NO BRASIL

Leandro Paulsen em seu livro curso de direito tributário destaca:

O Estado, como instituição indispensável à existência de uma sociedade organizada, depende de recursos para sua manutenção e para a realização dos seus objetivos. Isso independe da ideologia que inspire as instituições políticas, tampouco do seu estágio de desenvolvimento. A tributação é inerente ao Estado, seja totalitário ou democrático. Independentemente de o Estado servir de instrumento da sociedade ou servir-se dela, a busca de recursos privados para a manutenção do Estado é uma constante na história. (PAULSEN, 2014, p. 15)

Para que a máquina pública que é o Estado funcione, é necessário que exista recursos, e o mesmo o faz através da tributação, que é paga pelos contribuintes, desta forma dando combustível para que a máquina pública funcione de maneira adequada em conjunto com a sociedade. Em concordância com Oliver Wendell Holmes, Jr. "*Taxes are what we pay for civilized society*", em tradução livre "Impostos são o que nós pagamos para uma sociedade civilizada". É importante destacar a necessidade do Estado em tributar e regulamentar certas situações jurídicas dentro do sistema, pois dessa maneira surgem lacunas, gerando uma insegurança jurídica dentro do sistema. Por isso que é tão importante destacar a regulamentação das transações financeiras que são realizadas online com moedas virtuais, haja vista que

As leis e regulações atuais não preveem uma tecnologia como o Bitcoin, o que resulta em algumas zonas legais cinzentas. Isso ocorre porque o Bitcoin não se encaixa em definições regulamentares existentes de moeda ou outros instrumentos financeiros ou instituições, tornando complexo saber quais leis se aplicam a ele e de que forma. (ULRICH, 2014, p. 33)

Portanto a não regulamentação desse tipo de moeda pode ocasionar muitos problemas, uma vez que elas não sofrem fiscalização de um órgão regulamentador, podendo assim gerar a prática de atos ilícitos, como fraude no imposto de renda, evasão de divisas, corrupção, lavagem de dinheiro, e inúmeros crimes contra a ordem tributária.

Atualmente com a legislação em vigor, moedas virtuais não são consideradas dinheiro e muito menos aceitas no território brasileiro, apesar de pequenos empresários já começarem a fazer uso da moeda e aceita-la como meio de pagamento, uma vez que a Constituição Federal de 1988 cita em seu artigo 164 que é competência da União para emitir moeda será exercida

exclusivamente pelo banco central. Isso quer dizer que nenhuma entidade financeira tem competência para emitir outro tipo de moeda incluindo as digitais.

Desta forma, o Estado e principalmente suas legislações devem acompanhar as transformações que são ocorridas dentro da sociedade. Para o Jurista brasileiro Tércio Sampaio Ferraz Junior o Direito é um dos fenômenos mais significantes da sociedade humana e em concordância com o mesmo que diz que “as sociedades estão em transformação e a complexidade do mundo está exigindo novas formas de manifestação do fenômeno jurídico.” Sendo assim se o Direito não acompanha essas novas transformações que ocorrem na sociedade faz com que surjam lacunas na seara jurídica e a norma perca sua eficácia. Por isso que para o bom relacionamento de um povo se faz a criação de leis, pois sem elas as ações são imprevisíveis e instáveis.

Pode-se dizer que a forma que a moeda *bitcoin* se desenvolve no mundo está diretamente ligada com o devido tratamento legal que é dado a mesma. Haja vista que com a legalização afetaria de forma positiva o seu desenvolvimento e sua proibição de forma negativa. E em países desenvolvidos, como os Estado Unidos, Finlândia, Alemanha, Japão as inseguranças acerca de como regular *bitcoin* se desfazem a cada dia que passa. Porém, em pleno ano de 2018, existem questões que são cinzentas na seara jurídica brasileira. O Banco Central do Brasil já se manifestou a respeito das criptomoedas, para que os usuários das criptomoedas fiquem alertas referente ao seu uso, para isso em 2014 se posicionou com o comunicado nº 25.306 onde “Esclarece sobre os riscos decorrentes da aquisição das chamadas “moedas virtuais” ou “moedas criptografadas” e da realização de transações com elas”, e o comunicado número 31. 379 de 16 de novembro de 2017.

Dessa forma surge o seguinte questionamento, porque o banco central e as entidades governamentais, ainda não regularam nada acerca de uma moeda virtual e são tão negativos a respeito de sua utilização? Não se sabe ao certo, entretanto pode ser que esteja relacionado com os fatos ocorridos décadas antes, uma vez que o Brasil antes da instalação do plano real, a moeda não era estável e foi mudada diversas vezes para que o governo conseguisse controlar a inflação.

Embora o governo brasileiro ainda seja receoso a respeito das criptomoedas, pode-se dizer que as mesmas não oferecem risco para a sociedade, no entendimento da pesquisadora Nicole Fobe as criptomoedas seriam uma espécie de moeda paralela, haja vista que são carentes de reconhecimento jurídica referente ao status de moeda, mas que são amplamente difundidas e utilizadas pelas pessoas como meio de troca. É o que vem acontecendo com as criptomoedas.

Atualmente apenas é possível tributar as moedas virtuais pelo IR (imposto de renda), pelo ISSQN (imposto sobre serviços de qualquer natureza) e pelo ITCMD (imposto de causa mortis e doação). Porém é necessário saber como será tributado o lucro advindo de tais operações.

Diante do exposto, pode-se constatar que o Brasil está, assim como os demais países do mundo, começando a engatinhar no que concerne a compreensão e nos debates sobre *Bitcoins*, moedas virtuais e como regulamentá-las. (PAIVA,2017).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de conhecimento geral de que quando algo não é regulamentado, ou não tem legislação específica acaba tornando-se passível de impunidades, quando acontece algo errôneo ou que não está em conformidade com o sistema jurídico, causando uma lacuna dentro do mesmo, uma vez que o mesmo deve sempre buscar a equidade, contra atos que são considerados incorretos perante uma sociedade.

Algumas das consequências jurídicas oriundas da possível consolidação da criptomoedas no mercado são relevantes e devem ser elencados, tais como: as tributações incidentes e os fatos geradores; a fiscalização pelos órgãos reguladores, a receita auferida com a comercialização das moedas virtuais, mas os seus benefícios também devem ser considerados.

Além do mais a regulação e tributação deste tipo de moeda evitaria o crescimento financeiro de pessoas que vivem à margem do sistema legal e se aproveitam de brechas nas legislações para o cometimento de crimes contra o sistema financeiro, lavagem de dinheiro, evasão de divisas e diversos outros crimes.

Ignorar o uso das criptomoedas pelos cidadãos brasileiros seria um erro do Estado, já que é crescente e iminente a adesão de usuários a sua utilização. E o momento atual que a sociedade contemporânea vive é marcado pelo avanço das tecnologias fazendo com que as relações interpessoais e de consumam seja totalmente diferente dos tempos antigos.

Atualmente tudo se move com mais rapidez e em diversas direções ao mesmo tempo e cabe ao Direito descobrir e trilhar os caminhos seguros que se devem ser seguidos, pois um Estado sem normas e leis as ações do povo são imprevisíveis e instáveis. Assim com o surgimento do *bitcoin*, os seus usuários buscam quebrar barreiras que são impostas pelos Estado e as instituições financeiras, uma vez que o modelo de funcionamento das *bitcoin*, é descentralizado e não tem ação direta do estado.

Acredito que o Direito deve acompanhar os avanços que uma sociedade enfrenta e se adequar de forma positiva, e concordando com Lionel Trilling que diz “Nós inventamos o dinheiro e o usamos, porém não podemos... entender suas leis ou controlar suas ações. Ele tem vida própria.” E foi assim que surgiu a *bitcoin*, em um momento que o setor econômico enfrentava uma crise, ou seja, foi por uma questão social.

Apesar do Brasil aceitar o uso das *bitcoins*, o governo brasileiro mostra-se muito inseguro em relação a segurança dos usuários e nada o fez acerca da regulação das moedas. Contudo

recentemente foi criada uma comissão para que se fosse feita uma análise do projeto de lei 2305/15, onde regulamenta as moedas digitais, pois ainda as informações sobre o assunto são limitadas e existem muitas incertezas sobre sua regulamentação.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, GABRIELLA FERREIRA PAIVA DE. OS DESAFIOS DA REGULAMENTAÇÃO DA MOEDA VIRTUAL BITCOIN NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: IMPACTOS E PERSPECTIVAS. 2017. 68 FOLHAS. TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO. (MONOGRAFIA) – UNIVERSIDADE MAURICIO DE NASSAU, RECIFE-PE, 2017.

BBC BRASIL - BITCOIN: O QUE É E COMO FUNCIONA A MOEDA VIRTUAL. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://GOO.GL/JFFNWB](https://goo.gl/JFFNWB). ACESSO EM: 08.MAI.2018.

BRASIL. BANCO CENTRAL DO BRASIL. COMUNICADO Nº 25.306, DE 19 DE FEVEREIRO DE 2014. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://GOO.GL/JLzQNO](https://goo.gl/JLzQNO). ACESSO EM: 22 ABR. 2018.

. BANCO CENTRAL DO BRASIL. COMUNICADO Nº 31.379, DE 16 DE NOVEMBRO DE 2017. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://BIT.LY/2zPFfX3](https://bit.ly/2zPFfX3). ACESSO EM: 30 AGO. 2018.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. VADE MECUM SARAIVA. OBRA COLETIVA DE AUTORIA DA EDITORA SARAIVA COM A COLABORAÇÃO DE LÍVIA CÉSPEDES E FABIANA DIAS ROCHA. 18. ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2017.

BRITO, ALEX DIAS. CRIPTOMOEDA: ESTUDO DE CASO DAS BITCOINS E SEUS EFEITOS FISCAIS NO TERRITÓRIO BRASILEIRO. 2016. 53 FOLHAS. TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO. (MONOGRAFIA) - UNIVERSIDADE CATÓLICA DE BRASÍLIA, BRASÍLIA, 2016

ESTADOS UNIDOS DA AMÉCIA. THE LAW LIBRABRY OF THE CONGRESS. REGULATION OF BITCOIN IN SELECTED JURISDICTIONS. WASHIGTON, 15 DE JANEIRO DE 2014. DISPONÍVEL EM: WWW.LOC.GOV/LAW/HELP/BITCOIN-SURVEY/REGULATION-OF-BITCOIN.PDF. ACESSO EM: 05 ABR. 2018.

IHGB, AS MUITAS FACES DA MOEDA. REVISTA CENTRO CULTURAL DO BANCO DO BRASIL. CCBB, RIO DE JANEIRO.1998. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://GOO.GL/kMLxAL](https://goo.gl/kMLxAL) . ACESSO EM: 22 MAI. 2018.

MURINO, THIAGO BARRIZELLI - DO SAL ÀS CRIPTOMOEDAS: OS DESAFIOS DA REGULAMENTAÇÃO DAS MOEDAS VIRTUAIS. DISPONÍVEL EM [HTTPS://GOO.GL/ocDCC1](https://goo.gl/ocDCC1). ACESSO EM: 01.MAIO.2018;

NAKAMOTO, SATOSHI. "BITCOIN: A PEER-TO-PEER ELETRONIC CASH SYSTEM," IN: BITCOIN. DISPONIVEL EM: [HTTPS://BITCOIN.ORG/BITCOIN.PDF](https://bitcoin.org/bitcoin.pdf). ACESSO EM 02.NOV.2018

PAULSEN, LEANDRO – CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO. 6. ED. PORTO ALEGRE: LIVRARIA DO ADVOGADO EDITORA, 2014.

SAMPAIO FERRAZ JR, TERCIO. INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO, 4. ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2003;

ULRICH, FERNANDO. BITCOIN: A MOEDA NA ERA DIGITAL. SÃO PAULO: INSTITUTO LUDWIG VON MISES BRASIL.2014.

CRIPOMOEDAS: REGULAÇÃO E TRIBUTAÇÃO NO BRASIL. UMA ANÁLISE À LUZ DA EXPERIÊNCIA ALEMÃ.

André da Silva Menezes (Direito/Faculdade Damas da Instrução Cristã) 147

Resumo: As criptomoedas são, até o presente momento, a grande inovação em termos financeiros neste século. É bem verdade que a atribuição de valor a algo que não o possui intrinsecamente não é algo inédito na evolução histórica da moeda, a exemplo das tulipas holandesas de século XVII. Conquanto, é a primeira vez que isso ocorre com o suporte da tecnologia, a chamada *blockchain*. No Brasil, as criptomoedas movimentam diariamente algo em torno de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), um vultoso montante que passa incólume perante o crivo da Receita Federal do Brasil por simples falta de regulação. A autonomia monetária proporcionada por estes ativos digitais criptografados, aliada ao sigilo da identidade que elas proporcionam, são fatores que ensejam a prática de crimes financeiros, quais sejam: sonegação fiscal, evasão fiscal e até mesmo a ocultação de enriquecimento ilícito. Diante deste cenário vivenciado em todo o mundo, a Alemanha desponta como expoente regulatório e tributário destes ativos financeiros ainda pouco conhecidos por grande parte da população. Neste diapasão, a experiência germânica é salutar para a forma como outros países passarão a tratar as criptomoedas. Ademais, o modelo regulatório alemão, segue recomendação do Fundo Monetário Internacional (FMI) de não sufocar novas tendências a ponto de obstar o desenvolvimento de novas tecnologias no campo financeiro. A partir desse contexto, surge o seguinte questionamento com implicações jurídicas: como regular e tributar as criptomoedas no Brasil? A pesquisa descritiva, mediante a técnica de pesquisa bibliográfica tem como objetivo precípua desenvolver um estudo a partir do direito comparado, acerca da regulação das criptomoedas. A título de objetivos específicos temos que avaliar a experiência germânica em seu processo de regulação e tributação de tais ativos criptografados e, identificar a partir desta experiência a forma mais adequada de proceder à regulação e tributação de acordo com o ordenamento jurídico-tributário pátrio. Por fim, há de se concluir que a regulação das criptomoedas é possível no cenário brasileiro, a partir da atuação dos órgãos reguladores já existentes, cada qual na sua esfera de competência, de forma convergente a este objetivo comum. Uma vez regulados, tais ativos podem ser tributados normalmente de acordo com a legislação tributária já existente, visto que não se criará um novo ativo financeiro ou novo tributo, mas tão somente a definição jurídica destes ativos e a subsunção fiscal ao fato gerador existente. Outrossim, no âmbito regulatório as exchanges incluir-se-ão no rol dos setores obrigados a prestar informações ao Conselho de

147 Graduando em Direito, Faculdade Damas da Instrução Cristã, andresmenezes27@gmail.com.

Controle de Atividades Financeiras (COAF), mitigando assim a utilização das criptomoedas para a prática de delitos financeiros *latu sensu*.

Palavras-chave: Criptomoedas. Regulação. Tributação. Direito comparado.

Abstract: Cryptocurrencies are, so far, the greatest innovation in financial terms this century. It is a fact that the attribution of value to something that does not have it intrinsically is not something unheard of in the historical evolution of the currency, i.e the Dutch tulip in the XVII century. However, this is the first time this occurs with the support of technology, the so-called blockchain. In Brazil, the total value of cryptocurrencies in circulation daily is around R\$ 100.000.000,00 (hundred million reais), a huge amount that goes unheeded before the Brazilian Federal Revenue Service for lacking regulation. The monetary autonomy provided by these encrypted digital assets, coupled with the secrecy of the identity they provide, are factors that lead to the practice of financial crimes, such as fiscal fraud, tax evasion and even concealment of illicit enrichment. Faced with this scenario experienced throughout the world, Germany emerges as a regulatory and tax exponent of these financial assets still little known by much of the population. In this tuning fork, the German experience is salutary for how other countries will begin to treat cryptocurrencies. In addition, the German regulatory model follows the recommendation of the International Monetary Fund (IMF) not to stifle new trends to the point of hindering the development of new technologies in the financial field. From this context, the following question arises with legal implications: how to regulate and tax cryptocurrencies in Brazil? The descriptive research, through the technique of bibliographic research, has as its main objective to develop a study based on comparative law, about the regulation of cryptocurrencies. For specific purposes we have to evaluate the German experience in its process of regulation and taxation of such encrypted assets and to identify from this experience the most appropriate way of proceeding to regulation and taxation in accordance with the legal-tax laws of the country. Finally, it must be concluded that the regulation of cryptocurrencies is possible in the Brazilian scenario, based on the work of the existing regulatory agencies, each one within its sphere of competence, converging to this common objective. Once regulated, such assets can normally be taxed in accordance with the existing tax legislation, since a new financial asset or new tax will not be created, but only the legal definition of these assets and the fiscal subsumption to the existing taxable event. Also, in the regulatory sphere, the exchanges will be included in the list of sectors obliged to provide information to the Financial Activities Control Council (COAF), thus mitigating the use of cryptocurrencies for the practice of financial crimes.

Keywords: Cryptocurrencies. Regulation. Taxation. Comparative Law.

INTRODUÇÃO

As criptomoedas são uma realidade em todo o mundo, quiçá a maior inovação em termos financeiros deste século. Todavia, tais ativos ainda carecem de estudos aprofundados acerca de seus efeitos em economias de larga escala, embora já sejam transacionados efusivamente em todos os países desenvolvidos do mundo.

No intuito de evitar que os efeitos das criptomoedas na economia global ocasionem transtornos, a exemplo do que ocorreu na Holanda do século XVII, em que tulipas foram sobrevalorizadas a ponto de levar diversas pessoas à falência, deixando a economia daquele país em apuros, é extremamente necessário a regulação destes ativos.

Neste sentido, a Alemanha larga à frente dos demais países desenvolvidos, uma vez que naquele país, as criptomoedas são reguladas e tributadas. A partir da experiência germânica, é possível vislumbrar uma regulação de tais ativos criptografados no Brasil, visto que até o presente momento as autoridades regulatórias brasileiras apenas observam este fenômeno. Ademais, há grande perda em arrecadação tributária ocasionada pela inércia em regular e tributar as criptomoedas no Brasil. Diariamente estes ativos movimentam valores que chegam a centenas de milhões de reais, montante este que passa incólume perante o fisco, em decorrência da falta de regulação e a consequente tributação.

1. A PRINCIPAL ECONOMIA EUROPEIA DÁ PRIMEIRO PASSO RUMO À REGULAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS NO ÂMBITO DA ZONA DO EURO

De acordo com o FMI (2018), a Alemanha ocupa atualmente o posto de quarta maior economia do mundo, com uma previsão do produto interno bruto (PIB) de US\$ 4,2 trilhões de dólares no ano de 2018, sendo, desta forma, a maior economia do bloco europeu.

Nesse sentido, o relatório mensal do Deutsche Bundesbank¹⁴⁸ (2018), afirma que no mês de julho deste ano, o acumulado anual a título de PIB já atinge a cifra de € 865.14 bilhões de euros.

É bem verdade que, após a criação da União Europeia, os Bancos Centrais dos países integrantes da zona do Euro, passaram a submeterem-se ao Banco Central Europeu, no que diz respeito a aspectos gerais. Portanto, resta àqueles o disciplinamento de questões internas para as quais são competentes.

No tocante as criptomoedas, o Banco Central Europeu não obistou sua regulação, mas tão somente fomenta uma regulação subsidiada em informações que o próprio órgão fornece.

A Alemanha é um dos países que mais atuam em relação à regulação das criptomoedas. Em 22 de dezembro 2011, o *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*¹⁴⁹ (BaFin), emitiu

¹⁴⁸ Banco Central Alemão.

¹⁴⁹ Autoridade Federal de Supervisão Financeira do Governo Alemão.

comunicado acerca do bitcoin, reconhecendo-o, inicialmente, como mercadoria. Dessa forma, portanto, sujeito a tributação específica, quando da compra e venda não só do bitcoin, mas de todas as criptomoedas.

Porém, em 29 de novembro de 2017, o BaFin publicou novo relatório, alterando aquele publicado no final de 2011. Desde então, as criptomoedas – denominadas no texto como dinheiro eletrônico – passaram a ser consideradas como um valor monetário. Nestes termos, o Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht já se posicionou:

O dinheiro eletrônico é antes de tudo um valor monetário. Um valor monetário é representado por qualquer meio de pagamento. O conceito de valor monetário abrange, além dos meios legais de pagamento, qualquer meio de troca amplamente aceito como pagamento de certos bens ou serviços ou apenas aceito em um contexto sociocultural específico ou mesmo apenas pelas partes de um acordo-quadro multilateral também como pagamento por determinados bens ou serviços ¹⁵⁰ (BUNDESANSTALT FÜR FINANZDIENSTLEISTUNGSAUFSICHT, 2017, n.p. tradução nossa).

Neste diapasão, a simples definição das criptomoedas como sendo um valor monetário, não é suficiente para uma regulação a nível amplo. O próprio BaFin elenca alguns outros requisitos necessários:

O conceito de valor monetário vai fenomenologicamente para além do termo dinheiro eletrônico na lei alemã de supervisão de serviços de pagamento (ZAG). Este conceito é a condição mínima para a existência de uma moeda eletrônica na acepção do ZAG, que é mais legalmente qualificado para os efeitos desta lei pelas condições mínimas do ZAG, devendo o valor monetário representar uma reclamação ao emitente, criada (emitida) contra o pagamento de uma quantia em dinheiro e representada por um depósito eletrônico; as operações de pagamento [...] e isso deve, em última análise, ser aceito por outras pessoas físicas ou jurídicas que o emissor para esses fins¹⁵¹ (BUNDESANSTALT FÜR FINANZDIENSTLEISTUNGSAUFSICHT, 2017, n. p. tradução nossa).

150 No original: "Elektronisches Geld ist zuvorderst ein monetärer Wert. Ein monetärer Wert ist jede Art von Zahlungsmittel. Der Begriff des monetären Werts erfasst neben gesetzlichen Zahlungsmitteln jede Art von Tauschmittel, das allgemein oder auch nur in einem bestimmten soziokulturellen Umfeld oder auch nur von den Parteien einer multilateralen Rahmenvereinbarung als Bezahlung für bestimmte Waren oder Dienstleistungen akzeptiert wird" (BUNDESANSTALT FÜR FINANZDIENSTLEISTUNGSAUFSICHT, 2017, n.p.).

151 No original: "Der Begriff des monetären Werts geht phänomenologisch weit über den E-Geld-Begriff im ZAG hinaus. Er ist indes nur die Tatbestandsvoraussetzung eines E-Geldes im Sinne des ZAG, die durch die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen, die [...] ZAG aufstellt, für die Zwecke des ZAG rechtlich weiter qualifiziert wird. Der monetäre Wert muss eine Forderung an den Emittenten darstellen; gegen Zahlung eines Geldbetrags geschaffen (ausgestellt) und durch eine elektronische Speicherung repräsentiert werden; er muss dazu bestimmt sein, Zahlungsvorgänge durchzuführen [...] und der muss schlussendlich für diese Zwecke auch von anderen natürlichen oder juristischen Personen als dem Emittenten angenommen wird" (BUNDESANSTALT FÜR FINANZDIENSTLEISTUNGSAUFSICHT, 2017, n.p.).

Por fim o BaFin (2017) estabeleceu que: “Dinheiro eletrônico [...] é, portanto, sempre guiado por meios legais de pagamento ou outro dinheiro eletrônico [...], que deriva, direta ou indiretamente, dos meios legais de pagamento”.

Ao tratar especificamente do bitcoin o relatório do BaFin (2017) foi enfático. “[...] **bitcoins** e qualquer outra moeda eletrônica criada, mesmo que circule apenas em um pequeno nicho, equipara-se aos meios legais de pagamento, é como **unidade de conta** [...] e um instrumento financeiro”.

Em 2013 o *Bundesministerium der Finanzen*¹⁵² reclassificou as criptomoedas, passando a considerá-las como instrumentos financeiros enquanto moedas privadas. Em 2014, a Autoridade Federal do Governo Alemão para assuntos de Supervisão Financeira passou a considerar a venda de bitcoins como um serviço, logo sujeito a tributação.

Entretanto, só em 2017, como já citado em epígrafe, o BaFin alterou seu entendimento, passando a considerar as criptomoedas como moedas privadas. Classificação esta já existente, desde meados de 2013, quando o Ministério das Finanças assim definiu as criptomoedas. De acordo com o jornal *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, temos que:

[...] São um tipo de dinheiro privado que pode ser usado em círculos de assentamentos multilaterais. A produção de bitcoins é, portanto, uma criação privada de dinheiro, como o Ministério Federal das Finanças anunciou. Assim, a moeda digital é legal e sujeita a impostos. As autoridades fiscais, portanto, as tratam de maneira diferente das ações, certificados ou fundos. Estes estão sujeitos a um imposto retido na fonte de 25%. O Ministério das Finanças declarou que a venda de bitcoins após um ano, é uma venda privada na acepção da Lei do Imposto sobre o Rendimento ¹⁵³ (FRANKFURTER ALLGEMEINE ZEITUNG, 2013, n. p. tradução nossa).

Neste aspecto, as criptomoedas passaram a ser consideradas na Alemanha como uma moeda privada. Desta forma, são ativos legais e passíveis de tributação. Porém, há um tratamento diferente para estes ativos. Diferentemente de ativos tradicionais, como ações, fundos ou certificados que, naquele país, incidem tributação com alíquota de 25% sobre os lucros auferidos no período a título de imposto de renda.

Por sua vez, as criptomoedas são tributadas de duas formas. A primeira hipótese ocorre com a venda em menos de um ano da aquisição. Neste caso incide a tributação ordinária de 25%

¹⁵² Ministério das Finanças do Governo Alemão.

¹⁵³ No original: “Seien sie eine Art privates Geld, welches in „multilateralen Verrechnungskreisen eingesetzt werden kann. Das Herstellen von Bitcoins ist somit private Geldschöpfung, wie das Bundesfinanzministerium mitteilte. Damit ist die Digitalwährung rechtlich und steuerlich gebilligt. Der Fiskus behandelt sie also anders als Aktien, Zertifikate oder Fonds. Diese unterliegen einer Abgeltungssteuer von 25 Prozent. Das Finanzministerium erklärte dazu, dass die Veräußerung von Bitcoins nach einem Jahr ein privates Veräußerungsgeschäft im Sinne des Einkommenssteuergesetz sei” (FRANKFURTER ALLGEMEINE ZEITUNG, 2013, n. p.).

sobre o lucro da transação. Portanto, nesta primeira situação, há uma equiparação entre criptomoedas e demais ativos, incidindo o imposto de renda com a mesma alíquota que outros investimentos.

A segunda hipótese possui como fato gerador, a venda após um ano da aquisição dos ativos criptografados. Aqui não há incidência de tributação na fonte, mas tão somente o pagamento do imposto de renda alemão quando da venda dos ativos, que se procederá em declaração específica de contribuinte pessoa física. Neste caso a alíquota incidente é 6%, pois trata-se de uma venda privada, assemelhando-se a uma venda bens em geral.

Vale salientar que tal regime de tributação, diz respeito tão somente ao trato das criptomoedas no âmbito das *exchanges*, como transações cambiais. Até este momento não havia disposição alguma acerca das criptomoedas como meio de pagamento. Em suma, neste momento ocorreu a declaração de legalidade das transações com criptomoedas, na qualidade de moedas privadas.

Desta forma, as *exchanges* passaram a negociar sem impedimentos legais, mas sua atuação restringia-se ao câmbio, não podendo, até então serem utilizadas como meio de pagamento oficial.

Em março de 2018 o *Bundesministerium der Finanzen* oficialmente legalizou¹⁵⁴ as criptomoedas, reconhecendo-as como um meio de pagamento. Entretanto, tal regulação não produziu efeitos no tocante a uma equiparação entre criptomoedas, como uma moeda paralela, e a moeda fiduciária em circulação no território alemão: o Euro.

Por conseguinte, as criptomoedas são consideradas como moedas legais para fins de pagamentos, algo similar ao cartão de crédito, porém sem lastro físico, ou até mesmo utilizando o próprio cartão de crédito como suporte, convertendo as transações efetuadas do Euro para a criptomoeda desejada.

Essas transações são realizadas pelas *exchanges* juntamente com a operadora do cartão, mediante a cotação da criptomoeda desejada naquele momento.

Desta forma, toda uma gama de produtos e serviços, pode ser adquirida por meio de pagamento mediante criptomoedas em solo germânico. Trata-se, do principal passo voltado à regulação das criptomoedas em território europeu, partindo da maior economia do bloco.

Deste modo, a regulação ocorrida há poucos meses é muito mais simbólica do que prática, visto que as criptomoedas circulam livremente pela internet, de modo que, para os usuários dos ativos criptografados que se utilizam destes para fins ilícitos, não é interessante tal regulação.

¹⁵⁴ A tradução literal do texto remete ao termo legalizar. Porém o que de fato ocorreu foi uma regulação. O ato legal que equiparou as criptomoedas à moeda fiduciária (Euro) para fins de utilização como meio de pagamento foi um decreto do Ministério das Finanças. Sem adentrar no mérito do direito administrativo germânico, tal ato executivo possui força legal no ordenamento jurídico Alemão. Para melhor exemplificar seria uma espécie de decreto autônomo.

Diversamente dos usuários que utilizam destes ativos para fins lícitos que, há tempos, esperavam por regulação específica. Isto posto, a regulação alemã simboliza para toda a Europa, bem como para todo o mundo, que a Alemanha está atenta as criptomoedas e, principalmente, aos seus benefícios para a economia em larga escala.

Em suma, tal decisão do *Bundesministerium der Finanzen*, tem por base um acórdão do Tribunal de Justiça Europeu¹⁵⁵ a despeito das diretivas sobre o imposto de valor agregado¹⁵⁶ (IVA). A decisão colegiada garante, aos membros da zona do Euro, a discricionariedade em definir as criptomoedas como moeda ou como *commodity*.

Fazendo uso de tal garantia, inclusive remetendo o acórdão no próprio decreto, o Ministério das Finanças do Governo Alemão, optou por considerar as criptomoedas como uma moeda para fins de pagamentos.

Vale salientar que, não há de se confundir as criptomoedas, no âmbito jurídico alemão, com moedas paralelas, concorrentes à moeda fiduciária. Desta forma, as criptomoedas são moedas complementares àquela, para fins de pagamento e câmbio.

Ademais, tal decreto é taxativo ao afirmar que, as transações efetuadas a partir do pagamento mediante criptomoedas, não serão tributadas quando utilizadas para a compra e venda de bens ou serviços. Em se tratando de criptomoedas, as atividades que serão tributadas são as ações das corretoras ou *exchanges*, no que diz respeito às receitas auferidas por elas com as transações envolvendo criptomoedas.

Desta feita, as ações de compra e venda de bens ou serviços mediante a utilização de criptomoedas, não serão tributadas no âmbito de jurisdição alemã.

As pessoas físicas que pratiquem operações de câmbio envolvendo criptomoedas – sejam em negociações com outras criptomoedas ou até mesmo em negociações com moedas fiduciárias da comunidade europeia ou moedas de outros países – gozarão de isenção tributária, desde que atuem em nome próprio enquanto pessoas físicas. Neste caso, porém, deverão informar na declaração de imposto de renda, acerca da existência ou não de lucro e, caso existente, tributá-lo.

Em contrapartida, as *exchanges* que praticarem operações de câmbio e remessa de criptomoedas, não terão o mesmo tratamento fiscal. Incidindo sobre suas operações, tributação específica a ser exigível a partir de janeiro de 2019.

¹⁵⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça Europeu (Quinta Secção) de 22 de outubro de 2015. *Skatteverket contra David Hedqvist*. Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Supremo Tribunal Administrativo. Reenvio prejudicial — Sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado (IVA) — Diretiva 2006/112/CE — Artigos 2.º, n.º 1, alínea c), e 135.º, n.º 1, alíneas d) a f) — Serviços prestados a título oneroso — Operações de câmbio da divisa virtual ‘bitcoin’ por divisas tradicionais — Isenção. Processo C-264/14.

¹⁵⁶ Tributo unificado aplicado sobre o consumo. Visa padronizar a tributação, evitando-se bitributação e a tributação em efeito cascata.

Desta forma, é notório que a experiência alemã – apesar de ser bastante recente para a percepção de efeitos concretos – tende a seguir uma linha na qual, em tese, outros países seguirão.

É importante evocar que tal decisão do Governo Alemão, está em consonância com o que recomenda o FMI, no sentido de não sufocar as novas tendências a ponto de obstar o desenvolvimento de novas tecnologias.

Em síntese, a experiência alemã regulou as criptomoedas, mas optou por não as tributar para as operações de consumo de bens e serviço pagos por tal meio, bem como as operações de câmbio desenvolvidas por pessoas físicas, neste caso devendo apenas constar de declaração específica de imposto de renda, tributando-se o lucro auferido.

Todavia, as exchanges passaram a ser tratadas como instituições financeiras e, desta forma, serão tributadas regularmente, ainda que percebam suas receitas por meio de criptomoedas, que deverão ser convertidas, para fins fiscais, na moeda fiduciária na data do fato gerador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da experiência germânica, é possível afirmar que as criptomoedas são passíveis de tributação diante da legislação regulatória e tributária brasileira. A despeito de uma possível regulação, a forma mais adequada a realidade regulatória brasileira, seria uma regulação conjunta entre o Banco Central do Brasil (BACEN), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), de modo que cada um desses órgão, proceda a regulação naquilo que lhe for pertinente.

Uma vez regulado, passa-se a tributação. No que tange ao imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza já há uma exigibilidade presumida, uma vez que, com a auferimento de renda, ocorre o fato gerador daquele tributo de competência da União. No que diz respeito ao imposto sobre operações financeiras (IOF) é necessária uma regulação prévia, visto que o fato gerador deste tributo é restrito as situações de câmbio, seguros e crédito.

Ademais, esta tributação não exigiria nenhum novo sacrifício do contribuinte, visto que o fato gerador já existe, restando apenas a subsunção da norma tributária à realidade fática.

REFERÊNCIAS

BUNDESANSTALT FÜR FINANZDIENSTLEISTUNGSAUFSICHT. MERKBLATT - HINWEISE ZUM ZAHLUNGSDIENSTAUFSICHTSGESETZ. BONN, 2017. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.BAFIN.DE/SHAREDDOCS/VEROEFFENTLICHUNGEN/DE/MERKBLATT/MB_1112_22_ZAG.HTML](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/MB_1112_22_ZAG.html). ACESSO EM: 02 FEV. 2018.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. INITIAL COIN OFFERING. SÃO PAULO, 2017. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.CVM.GOV.BR/NOTICIAS/ARQUIVOS/2017/20171011-1.HTML](http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2017/20171011-1.html). ACESSO EM 14 NOV. 2017.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. DIRETIVA 2006/112/CE. SISTEMA COMUM DO IMPOSTO SOBRE O VALOR AGREGADO. BRUXELAS, 2006. DISPONÍVEL EM: <[HTTPS://EUR-LEX.EUROPA.EU/LEGAL-CONTENT/PT/TXT/?URI=CELEX:32006L0112](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32006L0112)>. ACESSO EM: 21 MAI. 2018.

DEUTSCHE BUNDESBANK. MONATSBERICHT AUGUST 2018. FRANKFURT, 2018. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.BUNDESBANK.DE/REDAKTION/DE/DOWNLOADS/VEROEFFENTLICHUNGEN/MONATSBERICHTE/2018/2018_08_MONATSBERICHT.PDF?__BLOB=PUBLICATIONFILE](https://www.bundesbank.de/redaktion/de/downloads/veroeffentlichungen/monatsberichte/2018/2018_08_monatsbericht.pdf?__blob=publicationfile). ACESSO EM: 27 AGO. 2018.

EUROPEAN BANKING AUTHORITY. EBA OPINION ON "VIRTUAL CURRENCIES". LONDON, 2014. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.EBA.EUROPA.EU/DOCUMENTS/10180/657547/EBA-OP-2014-08+OPINION+ON+VIRTUAL+CURRENCIES.PDF](https://www.eba.europa.eu/documents/10180/657547/EBA-OP-2014-08+OPINION+ON+VIRTUAL+CURRENCIES.PDF). ACESSO EM: 13 JUN. 2018.

EUROPEAN CENTRAL BANK. VIRTUAL CURRENCY SCHEMES. FRANKFURT, 2012. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.ECB.EUROPA.EU/PUB/PDF/OTHER/VIRTUALCURRENCYSCHMES201210EN.PDF](https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf). ACESSO EM: 01 MAI. 2018.

EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY. CALL FOR EVIDENCE: INVESTMENT USING VIRTUAL CURRENCY OR DISTRIBUTED LEDGER TECHNOLOGY. PARIS, 2015. DISPONÍVEL EM:

[HTTPS://WWW.ESMA.EUROPA.EU/SITES/DEFAULT/FILES/LIBRARY/2015/11/2015-532_CALL_FOR_EVIDENCE_ON_VIRTUAL_CURRENCY_INVESTMENT.PDF](https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/2015-532_call_for_evidence_on_virtual_currency_investment.pdf). ACESSO EM: 24 JUN. 2018.

FOBE, NICOLE JULIE. O BITCOIN COMO MOEDA PARALELA – UMA VISÃO ECONÔMICA E A MULTIPLICIDADE DE DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS. 2016. DISSERTAÇÃO (DISSERTAÇÃO EM MESTRADO) — ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO, FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, SÃO PAULO, 2016.

FRANKFURTER ALLGEMEINE ZEITUNG. DEUTSCHLAND ERKENNT BITCOIN ALS PRIVATES GELD AN. FRANKFURT, 2013. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.FAZ.NET/AKTUELL/FINANZEN/DEISEN-ROHSTOFFE/DIGITALE-WAEHRUNG-DEUTSCHLAND-ERKENNT-BITCOINS-ALS-PRIVATES-GELD-AN-12535059.HTML](http://www.faz.net/aktuell/finanzen/devisen-rohstoffe/digitale-waehrung-deutschland-erkennt-bitcoins-als-privates-geld-an-12535059.html). ACESSO EM: 02 FEV. 2018.

GALBRAITH, JOHN KENNETH. MONEY: WHENCE IT CAME, WHERE IS WENT. BOSTON: HOUGHTON MIFFLIN COMPANY, 1975.

HUBERMAN, LEO. HISTÓRIA DA RIQUEZA DO HOMEM. RIO DE JANEIRO: ZAHAR, 1986.

INFOMONEY. ALEMANHA LEGALIZA AS CRIPTOMOEDAS E RECONHECE O BITCOIN COMO FORMA DE PAGAMENTO. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.INFO MONEY.COM.BR/MERCADOS/BITCOIN/NOTICIA/7313971/ALEMANHA-LEGALIZA-CRIPTOMOEDAS-RECONHECE-BITCOIN-COMO-MEIO-PAGAMENTO](https://www.infomoney.com.br/mercados/bitcoin/noticia/7313971/alemanha-legaliza-criptomoedas-reconhece-bitcoin-como-meio-pagamento). ACESSO EM: 10 JUL. 2018.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. VIRTUAL CURRENCIES AND BEYOND: INITIAL CONSIDERATIONS. STAFF DISCUSSION NOTE (SDN/16/03), JANEIRO, 2016.

_____. WORLD ECONOMIC OUTLOOK. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.IMF.ORG/EN/PUBLICATIONS/WEO/ISSUES/2018/07/02/WORLD-ECONOMIC-OUTLOOK-UPDATE-JULY-2018](http://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2018/07/02/world-economic-outlook-update-july-2018). ACESSO EM: 27 AGO. 2018.

MORAIS, CARLOS YURY ARAÚJO DE; BRANDÃO NETO, JOÃO BATISTA. TRIBUTAÇÃO DAS OPERAÇÕES COM CRIPTOMOEDAS. REVISTA ELETRÔNICA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ. TERESINA, V. 1, N. 7, P. 41-60, JUL./DEZ. 2014.

MORISSE, MARCEL; INGRAM, CLAIRE. A MIXED BLESSING: RESILIENCE IN THE ENTREPRENEURIAL SÓCIO-TECNICAL SYSTEM OF BITCOIN. REVISTA DE SISTEMAS DE INFORMAÇÃO E GESTÃO DE TECNOLOGIA. SÃO PAULO, V. 13, N. 1, P. 3-26, JAN./ABR. 2016.

NAKAMOTO, SATOSHI. BITCOIN: A PEER-TO-PEER ELECTRONIC CASH SYSTEM. 2008. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://BITCOIN.ORG/BITCOIN.PDF](https://bitcoin.org/bitcoin.pdf). ACESSO EM: 28 OUT. 2017.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. CONSULTA PÚBLICA RFB Nº 006/2018. BRASÍLIA: 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. SISTEMA COMUM DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCENTADO (IVA). DIRETIVA 2006/112/CE, ARTIGOS 2.º, N.º 1, ALÍNEA C), E 135.º, N.º 1, ALÍNEAS D) A F). SERVIÇOS PRESTADOS A TÍTULO ONEROSO. OPERAÇÕES DE CÂMBIO DA DIVISA VIRTUAL 'BITCOIN' POR DIVISAS TRADICIONAIS. ISENÇÃO. LUXEMBURGO, 2015. DISPONÍVEL EM: [HTTP://CURIA.EUROPA.EU/JURIS/DOCUMENT/DOCUMENT.JSF?TEXT=&DOCID=170305&PAGEIDNDEX=0&DOCLANG=PT&MODE=REQ&DIR=&OCC=FIRST&PART=1&CID=544932](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=170305&pageIdNDEX=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=544932). ACESSO EM: 19 MAR. 2018.

ULRICH, FERNANDO. BITCOIN: A MOEDA NA ERA DIGITAL. SÃO PAULO: INSTITUTO LUDWIG VON MISES BRASIL, 2014.

O CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ATRAVÉS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: EVOLUÇÃO NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.

*Ana Tereza Ventura Coelho*¹⁵⁷

*Eduardo Ventura Coelho*¹⁵⁸

Resumo: O presente trabalho tem como objeto de estudo tratar de como se originaram os modelos de controle da Administração e das contas Públicas através da fiscalização do Controle Externo feita pelos Tribunais de Contas no Brasil e sua evolução nos 30 anos da Constituição Brasileira. No desenrolar da descrição tratar-se-á que o controle inicial deu-se através de Controladorias vinculadas aos poderes estatais clássicos. Como o traço característico do Estado democrático de direito surgiu o órgão de controle dos gastos públicos e da atuação estatal. A capacidade e experiência brasileira serão apresentadas na análise do estudo e pesquisa do Tribunal de Contas, em especial o da União, ao longo das constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, EC 01/1969 e 1988, com exceção apenas da constituição de 1824, todas protagonizaram a existência de uma Corte de Contas. Percebe-se que as atribuições e eficiências do Tribunal de Contas foram sendo aprofundadas e desenvolvidas nos desdobramentos das diversas constituições. Como objetivo geral, será discutido a importância do aperfeiçoamento e competências que as constituições foram agregando a estas Cortes de Contas, visto que inicialmente estavam anexadas à liquidação das contas da receita versus a da despesa e a verificação da legalidade desses atos antes de serem levados ao Congresso Nacional para apreciação e julgamento. Como objetivos específicos, serão analisados a importância de um eficiente acompanhamento para se ter como base a execução orçamentária, o julgamento das contas daqueles que eram responsáveis pela administração do dinheiro público e como se davam os pareceres prévios das contas do governante maior, o Presidente da República. Será abordado através de um método dedutivo, que presume o motivo como forma exclusiva de alcançar o conhecimento real, utilizando pesquisa explicativa e bibliográfica para elucidar a causa da aplicação da teoria. Por fim, quando se traça um estudo sequencial das competências dos Tribunais de Contas no Brasil, termina-se por estabelecer um raciocínio ao passado no qual se tem um determinado rumo dos acontecimentos, que por muitas vezes diferem dos fatos, questões e valores que são apresentados no presente e que foram frutos das reflexões dos cientistas ou estudiosos sobre este assunto. Assim, a evolução do controle externo no decorrer das constituições, suas

¹⁵⁷ Engenheira Elétrica pela UFPE, Advogada, Bacharela em Direito pela UNICAP, pós-graduada em Licitações, Contratos Administrativos e Responsabilidade Fiscal pela Maurício de Nassau/Esmape, Instrutora da Escola de Contas Públicas Prof. Barreto Guimarães na área de Licitações e Contratações Públicas, Mestranda na área de Historicidade dos Direitos Fundamentais na Faculdade Damas e Analista de Controle Externo do TCE PE. (acoelho@tce.pe.gov.br.)
¹⁵⁸ Graduando no curso de direito - 7º período na Faculdade Damas. (ventura.eduardo98@gmail.com)

competências e limitações nos mostram a importância singular na contribuição do controle dos gastos públicos, bem como o desenvolvimento da lista de competências demonstradas na atual constituição de 1988.

Palavras-chave: Controle externo. Fiscalização. Tribunais de contas.

Abstract: The present work has as object of study how the control models of the Administration and the Public Accounts originated through the inspection of the External Control done by the Courts of Accounts in Brazil and its evolution in the 30 years of the Brazilian Constitution. As the work develops itself, it will be considered that the initial control took place through Controllers linked to the classic state powers. As a typical feature of the democratic State of law arose an organ to control public spending and state actions. The Brazilian capacity and experience will be presented in the analysis of the study and research of the Court of Accounts, especially that of the Union, throughout the constitutions of 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, EC 01/1969 and 1988, except the Constitution of 1824, all started the existence of a Court of Accounts. It is noticed that the attributions and efficiencies of the Court of Accounts have been developed in the unfolding of the various constitutions. As a general objective, it will be discussed the importance of the improvement of the competences that the constitutions were adding to these Court Accounts, since they were initially attached to the settlement of the income accounts versus the expense account and the verification of the legality of these acts before being brought to the National Congress for appreciation and judgment. As specific objectives it will be analyzed, the importance of an efficient monitoring to have a budget execution basis, the judging of the accounts of those who were responsible for the administration of the public money and how were given the previous opinions of the accounts of the major ruler, the President of Republic. The approached will be a deductive method, which presumes the motive as an exclusive way to acquire real knowledge, using a explanatory and bibliographical research to elucidate the cause of the application of the theory. Finally, when a sequential study of the competencies of the Courts of Accounts is made in Brazil, it establishes a reasoning in the past of a certain course of events, which often differs from the facts, questions and values that are presented in nowadays and which were product of the reflections of scientists or scholars on this subject. Therefore, the evolution of external control during the Constitutions, its competences and limitations show us the particular importance of the contribution in the public expenditure control by the Court of Accounts, as well as the development of the list of competencies demonstrated in the current constitution of 1988.

Keywords: External Control. Inspection. Court of Accounts.

INTRODUÇÃO

O controle da Administração Pública não é atual, nem nasceu do desenvolvimento do Estado moderno e do constitucionalismo que vieram após a Revolução Francesa. É uma ação que foi feita e desenvolvida pelo mundo grego clássico no Século V a.C., logicamente com as particularidades, características e limitações específicas do período. Importante ressaltar que o controle discutido e apreciado está relacionado ao ideal democrático, onde a definição e fluxo variam com o passar do tempo e da conjuntura social onde estão introduzidas, sendo público e conhecido que os Estados modernos, sem subordinação do regime adotado na prática, nomeiam-se automaticamente democráticos de acordo com a força e valores contidos no discurso e manifestações abordadas.

Evidencia-se que o controle da Administração Pública é um dos dispositivos que dispõe a coletividade para concretizar a supremacia democrática, noção a qual vem aprofundando-se no imaginário social e tem nos órgãos de controle um forte defensor no êxito do princípio republicano.

As normas que regulam e determinam o controle exercido pelos Tribunais de Contas sofreram alterações ao longo dos diversos intervalos de tempo da história política do Brasil, de acordo com os modelos constitucionais contemporâneos. Uma rápida exposição das mudanças principais realizadas no sistema regimental que regula o controle externo e auxilia no entendimento do método progressivo da função exercida pelos Tribunais de Contas, atingindo o ápice através da propagação de suas competências e com a revigoração de sua importância institucional no contexto republicano, principalmente com o decorrer da Constituição da República de 1988.

Até a publicação do Decreto-lei 200/67, o controle prévio era realizado sobre o montante e numerário do orçamento destinado a investimentos, mesmo que de maneira apenas formal, restando isentas desse controle as verbas de custeio.

Diante das análises, a doutrina tratava o controle dos gastos públicos como característica meramente formal. Então, a evolução do controle e fiscalização dos gastos públicos através do avanço e atuação dos Tribunais de Contas apresentou contribuição para a gestão dos desembolsos e aplicações na área pública para benefício para os cidadãos?

No tocante ao objetivo geral será discutida a importância do aperfeiçoamento e competências que as constituições foram agregando a estas Cortes de Contas, visto que inicialmente estavam anexadas à liquidação das contas da receita versus a da despesa e a verificação da legalidade desses atos antes de serem levados ao Congresso Nacional para apreciação e julgamento. Serão percebidos nos objetivos específicos, a importância de um eficiente acompanhamento para se ter como base a execução orçamentária, o julgamento das contas

daqueles que eram responsáveis pela administração do dinheiro público e como se davam os pareceres prévios das contas do governante maior, o Presidente da República.

Será abordado através de um método dedutivo, que presume o motivo como forma exclusiva de alcançar o conhecimento real, utilizando pesquisa explicativa e bibliográfica para elucidar a causa da aplicação da teoria.

Enfim, ao final das linhas que elaboramos, ensinamos que o estudo e a pesquisa realizada tragam para o leitor, além de uma visão geral dos problemas argumentados, ponderações adequadas à consolidação de algumas conclusões que, se não encerram a dúvida científica, ao menos geram a vontade real da mais profunda verticalização de cada assunto tratado, cujo alicerce se dará nas posições doutrinárias que iremos apresentar.

1. REFERENCIAL TEÓRICO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO E DAS CONTAS PÚBLICAS ATRAVÉS DA FISCALIZAÇÃO DO CONTROLE EXTERNO

Motivado pelas convicções de liberdade pós Revolução Francesa, o constituinte francês manifestava seu cuidado com a utilização do dinheiro público, tal que assegurou ao cidadão, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, (FRANÇA, 2018), o direito a acompanhar o emprego das verbas públicas (art. 14), além de assegurar à sociedade o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração (art. 15).

Porém o receio com o dinheiro público e, por conseguinte, com a sua fiscalização não é matéria nova, nem limitada ao Estado Moderno pós Revolução Francesa. Longe disso. Desde a Antiguidade, existem apontamentos de iniciativas de controle da Administração Pública (COSTA, 2006).

Em meados de 3200 a.C., no Egito, na época do império do Faraó Menés I, avante de uma política de excessiva cobrança de impostos, agregada à realização de uma sequência de investimentos do governo da época, assim como a construção de represas, templos, palácios e pirâmide, como também a abertura de canais de irrigação, existia um tipo de servidores públicos, chamados de escribas, que fiscalizavam o desempenho e a execução dessas atividades, bem como vistoriavam e controlavam a Administração Pública e incumbiam-se pela cobrança de impostos (BARROS, 1999).

Esse incipiente controle da arrecadação de tributos pelos escribas também foi encontrado na Fenícia, na Índia e na Pérsia (COSTA, 2006). Em meados de 1300 a.C. na Índia, (COSTA, 2006), no Código de Manu, há artigos que revelam instruções e procedimentos sobre as finanças públicas. Em alguns procedimentos e métodos específicos, indicam a precaução com o gasto público (SANTOS, 2005).

De acordo com o pensamento político de Confúcio, na China, as atividades estatais, principalmente a administração financeira, deveriam ocorrer em proteção e amparo ao povo, e as rendas públicas não podiam ser consideradas privativas apenas dos reis e que as

mesmas estavam expostas a uma rigorosa fiscalização com a finalidade de evitar dilapidação ou desvios do dinheiro público (COSTA, 2006).

Conquanto, percebe-se que desde a Grécia clássica se tem o controle dos gastos públicos declarado de maneira mais profissional, organizada e estruturada da Antiguidade. Um aspecto interessante é a estrutura das instituições atenienses que é formada por cidadãos, Assembleia (ecclesia), Conselho de 500, generais militares, magistrados, cortes, o comitê dos 506, dentre outros (HELD, 1987).

Ao analisar os pontos de vista dos órgãos públicos de Atenas, percebem-se princípios que se são semelhantes a procedimentos atuais de controle social das funções estatais, como a prestação de contas e a eleição direta (HELD, 1987, p. 21). Para ele, quase todos os "servidores públicos" eram eleitos por um período não renovável de um ano. Além disso, de maneira a livrar-se dos perigos de políticas autocráticas com eleições diretas, várias estratégias de seleção eram criadas com a finalidade de proteger a responsabilidade de prestação de contas dos administradores políticos e do sistema estatal de maneira mais comum e pública, inclusive o rodízio de atividades, do sorteio e da eleição direta.

Constata-se a preocupação na Grécia antiga com a *res publica*, na proporção em que a Atenas clássica impunha, como regra geral, a prestação de contas daqueles que a administravam, que hoje são comparados com o gestor público.

Importante se falar de um termo originário do sistema anglo-saxão: o *accountability*, que está associado com a responsabilidade fiscal, mas não se confunde com este.

Anna Maria Campos, em 1987, partilhava sua preocupação na tentativa de tradução da palavra *accountability* em seu artigo "Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?", publicado na Revista de Administração Pública. Para ela o que falta é o próprio conceito, razão pela qual não se dispõe da palavra no vocabulário português (FRANÇA, 2012).

Acontece que no caso brasileiro é encontrado um distanciamento entre governantes e governados, razão pela qual se explica a ausência do termo. A expressão abrange a obrigação ou responsabilidade de uma pessoa, seja ela, individual ou coletiva diante de outro, por alguma coisa. Em grupos onde as normas e condutas democráticas estão consolidadas e são invariáveis é normal esperar que governo seja responsável para com os cidadãos. O indivíduo e os grupos civis exercem constantemente o controle que *lhe compete*, sendo uma prática rotineira e não dependente de legislação formal ou de auditorias governamentais que motivem a atuação.

Partindo de um controle ativo, o Estado tem por obrigação tornar-se como um livro aberto em tudo o que realiza na sua administração e a prestar contas de seus atos. Denomina-se de controle social, a ação da sociedade civil nessa via de mão dupla e de *accountability*, o atributo

do Estado, em decorrência desse poder social, uma vez que dificilmente se afluaria por si só.

Assim, quanto mais o cidadão se compromete com as questões públicas, tomando conhecimento dos pontos da agenda pública, através de questionamentos, acompanhamentos e fiscalizações, pleiteando a prestação de contas pelo Estado, mais este é sujeito a gerar informações de qualidade, e se tornar cada vez mais transparente, para atender melhor o público. Deduz-se que a existência de regras formais não é suficiente para o estabelecimento da *accountability*, é necessário se ter uma sociedade capaz de controlar o poder público.

Então, na Grécia antiga a existência de uma estrutura organizacional de instituições com funções estatais, a presença de servidores públicos com delegações fixas, a ideia de *accountability*, a responsabilização pela manipulação de dinheiro público e o procedimento de tomada das contas de gestão, constituem indícios de acontecimento de um controle elementar dos atos e das funções governamentais que serviu de base naquele país.

Também na Roma Antiga foram encontradas provas de cuidado com a coisa pública, já que há registros de que o Senado, com o auxílio dos questores, promovia a fiscalização dos recursos do tesouro (COSTA, 2006).

Na Idade Média, existiam dois órgãos de controle das finanças públicas na Europa, um na Inglaterra e outro na França. O da Inglaterra abordava que nos tempos dos reis normandos existia o Exchequer, órgão assemelhado a um Tribunal de Justiça com competência em matéria de finanças, e que controlava as despesas oficiais. Era composto por Barons of the Exchequer, que eram ingleses com títulos nobiliárquicos responsáveis por operações contábeis do governo (BARROS, 1998).

Já a parte da história francesa oferece indicadores de uma inicial Corte de Contas nas publicações de Luís IX, Rei da França, diante da referência da instituição denominada *Chambre de Comptes*, que tinha como atribuição vigiar os gastos públicos (BARROS, 1998), que findou por ocasião da Revolução Francesa por ser considerada como pertencente ao *Ancien Régime* (SANTOS, 2005). Contudo, a *Chambre de Comptes* motivou e serviu de inspiração para a organização, em 1807, a quem competia o exame posterior das contas, a *Cour de Comptes*, visto que o exame prévio foi atribuído ao Ministério Ordenador da Despesa e ao da Fazenda (BARROS, 1999).

Tem-se também como registro histórico a criação pelo Império Austríaco da Câmara de Contas, em 1661, que teria influência predominante na administração financeira do Estado. Da mesma maneira, na Prússia foi organizada a Câmara Superior de Contas, em 1714, e, em Buenos Aires, com Carlos III da Espanha foi instituído um Tribunal Maior de Contas com jurisdição nas províncias do Rio da Prata, Paraguai e Tucuman (BARROS, 1998).

Assim, com os diversos documentos indicados ao longo desta introdução, alcança-se que o controle da Administração Pública e das contas públicas, seja este controle interno ou externo, e mesmo que de maneira básica e primária, é exercido desde o início da Antiguidade, dos faraós do Egito, passando por um complicado sistema grego (euthyna), e estando presente na Idade Média e Moderna, especialmente na Inglaterra e na França, numa crescente evolução e disseminação ao longo da história.

2. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E SUA PERFORMANCE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS AO LONGO DOS ANOS

A história do controle das contas públicas no Brasil provém do período colonial. Em 1680, foram criadas as Juntas das Fazendas das Capitanias e a Junta da Fazenda do Rio de Janeiro, jurisdicionadas a Portugal.

Na administração de D. João VI, em 1808, foi implantado o Erário Régio e criado o Conselho da Fazenda, que possuía como atribuição acompanhar a execução dos gastos públicos.

Em 1822, com a proclamação da independência do Brasil, o Erário Régio foi convertido para o Tesouro pela Constituição monárquica de 1824, prevendo-se os primeiros orçamentos e balanços gerais.

Assim, a concepção e entendimento de criação de um Tribunal de Contas surgiram, no Brasil, em 23 de junho de 1826, pela primeira vez, com a iniciativa de Felisberto Caldeira Brandt, o Visconde de Barbacena, e de José Inácio Borges, que apresentaram projeto de lei, com esta essência e finalidade, ao Senado do Império.

Os debates e conferências em torno da criação de um Tribunal de Contas durariam quase um século, centralizados entre aqueles que defendiam a sua indispensabilidade, bem como a conveniência de sua existência, visto que entendiam que as contas públicas deviam ser examinadas por um órgão independente; mas havia aqueles que o combatiam, por entenderem que as contas públicas podiam continuar sendo controladas por aqueles mesmos que as realizavam (SANTOS, 2017).

Apenas com a queda do Império e com as reformas político-administrativas da nova República transformaram em realidade o Tribunal de Contas da União. Em 7 de novembro de 1890, por iniciativa do então Ministro da Fazenda, Rui Barbosa, o Decreto nº 966-A criou o Tribunal de Contas da União, norteado pelos princípios da autonomia, fiscalização, julgamento, vigilância e energia.

A primeira Constituição Republicana, a de 1891, ainda sob o domínio e autoridade de Rui Barbosa, regularizou definitivamente o Tribunal de Contas da União, inscrevendo-o no seu art. 89.

Porém, a instalação do Tribunal apenas ocorreu em 17 de janeiro de 1893, pelos méritos e empenho de Serzedello Corrêa, Ministro da Fazenda do governo de Floriano Peixoto, daquela época.

Primeiramente o Tribunal teve atribuição e autoridade para exame, julgamento e revisão de todos os procedimentos e trabalhos relacionados com a receita e a despesa da União. A fiscalização era feita através de uma estratégia e sistemática de registro prévio. A Constituição de 1891 oficializou e regularizou o Tribunal e conferiu-lhe competências para liquidar as contas da receita e da despesa, bem como apurar a sua legalidade antes de serem demonstradas no Congresso Nacional (BEZERRA, 2018).

Após a instalação do Tribunal de Contas, o órgão considerou ilegal a nomeação, realizada pelo Presidente da época, Floriano Peixoto, de um parente do ex-presidente Deodoro da Fonseca. Acontece que, insatisfeito com a decisão do Tribunal, Floriano Peixoto mandou elaborar e lavrar decretos que retiravam do TCU a competência para impugnar despesas consideradas ilegais. Sendo assim, o Ministro da Fazenda Serzedello Corrêa, não concordando com a posição do Presidente, demitiu-se do cargo, expressando-lhe sua posição em carta de 27 de abril de 1893.

Já na Constituição de 1934, o Tribunal recebeu as seguintes atribuições, entre outras: registrar previamente as despesas e os contratos, proceder ao acompanhamento da execução orçamentária, julgar as contas dos responsáveis por bens e dinheiro públicos, bem como apresentar parecer prévio sobre as contas do Presidente da República para depois encaminhar à Câmara dos Deputados.

Todas as atribuições do Tribunal foram mantidas pela Carta de 1937, com exceção do parecer prévio sobre as contas presidenciais.

A Constituição de 1946 incluiu mais uma obrigação referente às competências da Corte de Contas: julgar a legalidade das concessões de aposentadorias, reformas e pensões (FERNANDES, 1999).

A Constituição de 1967, confirmada através da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, retirou do Tribunal a análise e o julgamento prévio dos atos e dos contratos que produziam despesas, sem prejuízo da competência para indicar as falhas e irregularidades que, se não sanadas e corrigidas, seriam objeto de queixa através de petição ao Congresso Nacional.

Foi retirado das atribuições da Corte de Contas, o julgamento da legalidade de concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ficando a cargo do Tribunal, apenas a análise da legalidade para fins de registro. O procedimento de fiscalização financeira e orçamentária passou por completa reforma nessa fase. Como novidade e aperfeiçoamento, deu-se a responsabilidade ao Tribunal para a função de auditoria financeira e orçamentária sobre as contas dos entes dos demais poderes da União, instituindo assim, os sistemas de controle externo, que estaria sob a responsabilidade do Congresso Nacional, e teria a Corte de Contas

como órgão auxiliar, e de controle interno, exercido pelo Poder Executivo e designado a constituir condições para um controle externo eficaz (BEZERRA, 2018).

Com a Constituição de 1988, por fim, o Tribunal de Contas da União teve as suas atribuições e competências significativamente expandidas. Passou a ter poderes para exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, enquanto auxiliar do Congresso Nacional, relativamente aos princípios da legalidade, da legitimidade e da economicidade, bem como referente à fiscalização da aplicação das subvenções e da renúncia de receitas. Com isto, qualquer pessoa, seja física ou jurídica, pública ou privada, que arrecade, guarde, gerencie ou administre verbas, valores e bens públicos ou pelos quais a União seja responsável, e que assuma obrigações de natureza monetária, tem o dever de prestar contas ao TCU.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo exposto propôs-se averiguar a origem e a evolução dos Tribunais de Contas, das referências retroativas até as interferências atuais, sem deixar de analisar de como os textos constitucionais brasileiros antes da Constituição de 1988 abordaram o respectivo assunto.

Verificou-se que o controle da Administração Pública compreendido de maneira ampla não é recente, nem tão pouco teve seu nascimento com a formação do Estado moderno e do constitucionalismo que veio depois da Revolução Francesa. Era uma função já exercida, com as características e limitações próprias de cada fase: pelos egípcios em 3.200 a.C. anos, pelos indianos em 1.300 a.C., na China com Confúcio, na Grécia clássica no Século V a.C., ou seja, nos tempos antigos já se expressavam a maneira organizada e elaborada do controle dos gastos públicos, como também pelos romanos.

Na Idade Medieval e Moderna, foi destaque referente ao controle das verbas e gastos públicos a Inglaterra, por meio do Exchequer, que era o órgão no qual deu início, e que depois passou para o Comptroller General of the Receipt and Issue of his Majesty's, e a França, com a denominada Chambre de Comptes que veio ser a influência para a organização da Cour de Comptes.

Assim, na análise apontada neste artigo, constatou-se que o controle da Administração Pública, seja interno ou externo, e mesmo que de maneira básica e inicial, é praticado desde o início da Antiguidade, desde a época dos faraós do Egito até a fase dos indianos, não se esquecendo dos ensinamentos dos gregos e dos romanos, estando sempre memorizado tanto na Idade Média quanto na Moderna, principalmente na Inglaterra e na França, em uma ascensão na evolução e crescimento ao longo da história.

Concentrando-se no conhecimento e análise brasileira, através do estudo feito do Tribunal de Contas da União – TCU ao longo das constituições brasileiras desenhou-se que, todas as

Constituições (1891, 1934, 1937, 1946, 1967, EC 01/1969 e 1988), com exceção da Constituição de 1824 imaginaram e determinaram a existência de uma Corte de Contas, que foi incluída pelo Decreto n.º 966-A, de 07 de novembro de 1890, por Rui Barbosa, porém, declarada apenas com a primeira constituição republicana.

Foi demonstrado, também, que as atribuições do Tribunal de Contas da União foram sendo fomentadas e ampliadas no transcorrer das constituições, tais como: em 1891 a princípio, ligadas à liquidação das contas da receita e da despesa, como também à apuração de legalidade das mesmas, antes de serem prestadas ao Congresso; em 1934 indo do acompanhamento da execução orçamentária, para o julgamento das contas dos gestores e daqueles incumbidos em gerir as verbas ou recursos públicos, como também e a expedição de parecer prévio sobre as contas de governo do Presidente da República; em 1937 foi englobado a análise da legalidade de contratos públicos; em 1946 a fiscalização financeira da União foi remetida ao Congresso Nacional, onde o Tribunal de Contas da União tinha uma função auxiliar, sendo assim, destinado que o TCU seria parte auxiliar do Poder Legislativo, além da incorporação do julgamento de legalidade dos atos de aposentadorias, reformas e pensões como também, voltada a função de expedição de parecer prévio relativamente às contas de governo do Presidente da República; em 1967 foi ampliado a atribuição da existência de controle interno e externo da Administração Pública sendo então o ato de fiscalizar da Corte de Contas possível ser de ofício ou por solicitação do Ministério Público, das auditorias financeiras e orçamentárias, e dos outros órgãos auxiliares; com a EC 01/1969 as funções foram mantidas; mas com EC 07/1977 foi trocada a expressão julgamento para apreciação da legalidade dos atos de pessoal.

Finalmente se conclui que os Tribunais de Contas, no decorrer das constituições brasileiras, acumularam competências e atribuições, que confirmaram no controle e restrição do atual Tribunal de Contas da União que, com a Constituição de 1988, foi erguido a uma importância *sui generis* na história das constituições brasileiras, como é descrito no seu art. 71. Esta evolução no controle das contas públicas através deste órgão de controle externo, mesmo com as falhas existentes só veio a somar e trazer melhorias para os cidadãos, que são os mais interessados no eficiente gasto público.

REFERÊNCIAS

ALEJARRA, LUIS EDUARDO OLIVEIRA. A CRIAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA. REVISTA JUS NAVIGANDI, ISSN 1518-4862, TERESINA, ANO 19, N. 3952, 27 ABR. 2014. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://JUS.COM.BR/ARTIGOS/27898](https://jus.com.br/artigos/27898). ACESSO EM: 3 NOV. 2018.

BARRETO, ANA CRISTINA TEIXEIRA. CARTA DE 1988 É UM MARCO CONTRA DISCRIMINAÇÃO. NET, RIO DE JANEIRO, NOV. 2010. REVISTA CONSULTOR JURIDICO. DISPONÍVEL EM: [FILE:///F:/TEXTO%20PARA%20TRABALHO%20DE%20RENATA/CONJUR%20-%20CONSTITUI%C3%A7%C3%A3o%20DE%201988%20%C3%A9%20UM%20MARCO%20CONTRA%20A%20DISCRIMINA%C3%A7%C3%A3o%20DA%20FAM%C3%ADLIA.HTML](file:///F:/TEXTO%20PARA%20TRABALHO%20DE%20RENATA/CONJUR%20-%20CONSTITUI%C3%A7%C3%A3o%20DE%201988%20%C3%A9%20UM%20MARCO%20CONTRA%20A%20DISCRIMINA%C3%A7%C3%A3o%20DA%20FAM%C3%ADLIA.HTML). ACESSO EM: 20 MAI. 2018.

BARROS, LUCIVALDO VASCONCELOS. TCU: PRESENÇA NA HISTÓRIA NACIONAL. IN: BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRÊMIO SERZEDELLO CORRÊA 1998: MONOGRAFIAS VENCEDORAS. BRASÍLIA: TCU, INSTITUTO SERZEDELLO CORRÊA, 1999, P. 221-280.

BEZERRA, JULIANA. CONSTITUIÇÃO DE 1967. .NET DISPONÍVEL EM: [FILE:///F:/TEXTO%20PARA%20TRABALHO%20DE%20RENATA/CONSTITUI%C3%A7%C3%A3o%20DE%201967%20-%20RESUMO,%20CARACTER%C3%ADSTICAS%20E%20CONTEXTO%20HIST%C3%B3RICO%20-%20TODA%20MAT%C3%A9RIA.HTML](file:///F:/TEXTO%20PARA%20TRABALHO%20DE%20RENATA/CONSTITUI%C3%A7%C3%A3o%20DE%201967%20-%20RESUMO,%20CARACTER%C3%ADSTICAS%20E%20CONTEXTO%20HIST%C3%B3RICO%20-%20TODA%20MAT%C3%A9RIA.HTML). ACESSO EM: 17 ABR. 2018.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1824). CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/CONSTITUI%C3%A7AO24.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm). ACESSO EM: 26 SET. 2018.

CAMPOS, ANNA MARIA. ACCOUNTABILITY: QUANDO PODEREMOS TRADUZI-A PARA O PORTUGUÊS? IN: REVISTA DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RIO DE JANEIRO, N.º 24(2), FEV./ABR. 1990, P. 30-50. DISPONÍVEL EM: . ACESSO EM: 05 MAR. 2012.

COSTA, LUIZ BERNARDO DIAS. TRIBUNAL DE CONTAS: EVOLUÇÃO E PRINCIPAIS ATRIBUIÇÕES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. BELO HORIZONTE: FÓRUM, 2006.

FERNANDES, JORGE ULISSES JACOBY. OS LIMITES DO PODER FISCALIZADOR DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA, BRASÍLIA A. 36 N. 142 ABR./JUN. 1999.

FRANÇA. DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO (1789). DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.DIREITOSHUMANOS.USP.BR/INDEX.PHP/DOCUMENTOS-ANTERIORES-%C3%A0-CRIA-%C3%A7%C3%A3o-da-sociedade-das-na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/DECLARACAO-DE-DIREITOS-DO-HOMEM-E-DO-CIDADAO-1789.HTML](http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/documentos-antiores-%C3%A0-CRIA-%C3%A7%C3%A3o-da-sociedade-das-na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html). ACESSO EM: 14 FEV. 2018.

SANTOS, GABRIEL BARROS VIEIRA. CONSTITUIÇÃO DE 1967. NET, RIO DE JANEIRO, MAIO 2017. DISPONÍVEL EM: [FILE:///F:/TEXTO%20PARA%20TRABALHO%20DE%20RENATA/CONSTITUI%C3%A7%C3%A3o%20FEDERAL%20DE%201967_%20PRINCIPAIS%20ASPECTOS%20-%20JUS.COM.BR%20_%20JUS%20NAVIGANDI.HTML](file:///F:/TEXTO%20PARA%20TRABALHO%20DE%20RENATA/CONSTITUI%C3%A7%C3%A3o%20FEDERAL%20DE%201967_%20PRINCIPAIS%20ASPECTOS%20-%20JUS.COM.BR%20_%20JUS%20NAVIGANDI.HTML). ACESSO EM: 26 MAI. 2018.

SEÇÃO 6:

Processo, jurisdição e efetividade da justiça

O IRDR E O PAPEL DA DEFENSORIA DENTRO DO NOVO CPC

Almir Philippini Neto (Direito/Faculdade Damas da Instrução Cristã)

Yngrid Gabrieli de Almeida (Direito/Faculdade Damas da Instrução Cristã)

Luana Alcântara Tenório (Direito/FADIC)

Resumo: O presente artigo relata os limites de atuação da defensoria pública para propositura de incidente de resolução de demanda repetitiva (IRDR), previsto no artigo 977 do código de processo civil brasileiro de 2015 ao lado do órgão institucional do Ministério público. O objetivo é estimular a reflexão sobre os contornos cinzentos e controversos ao qual a legitimidade da defensoria encontra-se submetido ao rol taxativo do artigo 977 do código de processo civil. Com vista a ampliar o debate, torna-se necessário se a legitimidade para propositura de IRDR é restrita ao defensor público apenas na defesa das prerrogativas dos indivíduos hipossuficientes, ou se deveria servir como instrumento de uniformização da jurisprudência em nível nacional. Cabe ainda analisar se ao defensor público é facultado agir nas situações nas quais não é representante direto da parte, tal como atua o Ministério público, e também como ele ajudaria na uniformização da jurisprudência no qual as decisões judiciais reverberam em um número indeterminado de pessoas. Neste artigo, pretende-se esmiuçar ambos os lados da discussão, que versam sobre os limites de atuação da defensoria pública na ação de IRDR, baseados na lei processual, nas decisões jurisprudenciais dos tribunais de segunda instância e nos tribunais superiores de recursos especiais e extraordinários, tal como a lei orgânica que rege a defensoria pública da união e a doutrina majoritária. Liminarmente, propõe-se compreender com o advento das pesquisas acadêmicas a amplitude que a defensoria pública pode exercer como investigador do instrumento de incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), tendo em vista que o código de processo civil não limita sua atuação, quando, no inciso terceiro do artigo 977 coloca o ministério público junto a defensoria, abrindo uma interpretação extensiva da sua autonomia frente ao ministério público, pois ambos estão no mesmo inciso do artigo 977.

Palavras-chave: IRDR. Defensoria Pública. Legitimidade. CPC.

INTRODUÇÃO

A Constituição republicana de 1988 definiu como um dos direitos fundamentais aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o acesso à Justiça, e trouxe instrumentos processuais e instituições com o intuito de sanar ou reduzir as problemáticas enfrentadas para a efetivação da justiça. No seu texto constitucional, encontram-se elencados no título “Das Funções Essenciais à Justiça” o Ministério Público e a Defensoria Pública. Cada qual com sua particularidade e compromisso institucional com a ordem e o devido processo legal.

Da Carta Magna retiramos que o Ministério público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Onde, a importância do Ministério Público dentro do ordenamento pátrio é ampla, sendo ele essencial para o bom funcionamento das instituições e da ordem democrática dentro do estado democrático de direito, como defensor e fiscal dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

No que tange a Defensoria Pública, observamos a partir do texto constitucional que é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Ou seja, nós entendemos que, do mesmo modo que temos o Ministério Público, temos a Defensoria Pública, que é tão importante quanto, sendo mais um instrumento em busca da efetivação da justiça dentro do processo, atuando não só no mesmo plano do ministério público, mas também garantindo a efetivação dos direitos individuais e coletivos dos necessitados.

O que nos motivou a escolha deste tema fora a grande discussão que norteia a função da Defensoria Pública, dentro do Processo Civil, os limites e atribuições de atuação dela como parte do processo ou como representante dos hipossuficientes, bem como os limites impostos à sua legitimidade para propositura do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), grande novidade trazida pelo código de processo civil de 2015. Entendemos que, em um sistema cada vez mais forte de precedentes e uniformização de jurisprudência impor limites processuais ao defensor público é ferir os princípios constitucionais da efetivação da justiça.

Através de uma breve análise das leis orgânicas do Ministério Público e da Defensoria Pública, das suas atribuições típicas e atípicas; bem como a ADI 3943 buscamos corroborar, ou não,

com o ponto de vista de limitar a atuação do defensor público no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) apenas quando este estiver atuando em interesse da parte e não em interesse próprio, a fim de entender se tal limitação se deve a questão funcional dos órgãos ou é apenas um falso senso comum que o Ministério Público é um órgão com atribuições maiores e distintas da defensoria pública, dentro do processo civil.

Como bem sabemos, no atual espaço-tempo, a Defensoria Pública é uma instituição que deve ser parceira da advocacia social, na proteção a justiça. Sendo assim, duas instituições independentes, mas parceira do sistema de Justiça do Brasil e primordiais para a concretização desse acesso.

Cada instituto democrático possui uma lei orgânica própria que rege suas atribuições típicas e atípicas. O ministério público através da lei complementar nº 75 de 1993, enquanto a defensoria pública encontra-se regida pela lei complementar n 80 de 1994. As atribuições típicas e atípicas de cada instituto encontraram um questionamento interessante com o novo código de processo civil de 2015. Até então a defensoria pública não se encontrava respaldada dentro do código de processo, e teve várias novidades sobre sua atuação dentro dele. O novo código de processo civil conversa com o modelo democrático da busca pela efetivação da justiça e da harmonização da jurisprudência pátria. Cabe indagar se é possível criar limitações as competências da defensoria frente ao ministério público para proposituras de ações, como o caso do IRDR, ou se não deveriam existir tais barreiras dentro de uma perspectiva sistêmica de ordenamento jurídico harmônico e coeso.

A busca da efetivação da justiça sempre foi um problema recorrente dentro do ordenamento jurídico brasileiro; no âmbito externo, o poder judiciário sempre foi visto como instrumento de morosidade, burocracia e de difícil acesso para grande maioria da população. No âmbito interno, da praxe advocatícia, encontramos decisões contraditórias das mais diversas naturezas e em todas as instâncias do Poder Judiciário, o que torna o processo, de certa forma, uma loteria.

1. MINISTERIO PÚBLICO (ATRIBUIÇÕES TÍPICAS E ATÍPICAS)

O órgão Ministério Público é único, encontra-se garantido como instituição permanente e autônoma no artigo 127 da Constituição Federal, e possui regência das suas atribuições na lei complementar 75 de 1993. Compete ao Ministério Público zelar pelo ordenamento jurídico pátrio e pelos interesses sociais e individuais indisponíveis, zelar pela preservação da ordem pública, do patrimônio público, a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder; etc.

Entre as atuações mais relevantes do Ministério Público dentro do ordenamento jurídico pátrio, destaca-se propositura de ação civil pública e da novidade trazida pelo novo cpc, a propositura de incidente de resolução de demanda repetitiva (IRDR). Sem dúvida os

instrumentos processuais trazidos com o novo código, em busca de uniformização de jurisprudência, e de casos repetitivos, merecia ter o Ministério público como legitimado, do ponto de vista institucional da sua atuação, em defesa dos direitos difusos e coletivos. O novo código de processo assim confirma em seu art 177, que o Ministério Público exercerá o direito de ação em conformidade com suas atribuições constitucionais. O novo cpc, corroborou com a lei complementar nº 75, incumbindo ao Ministério Público, importância ímpar como fiscal do ordenamento jurídico, não mais como mero fiscal da lei como trazia a redação do cpc de 1973, atribuindo-lhe atuação como parte ou como fiscal (custos legis), e colocando o MP em destaque dentro do processo civil, tamanha a importância da sua atuação para a efetivação da justiça.

Dentro do novo código de processo civil de 2015, o MP exercerá o direito de ação em conformidade com suas atribuições constitucionais (art. 177 do CPC 2015), sendo legitimado para propositura de IRDR, dentro do rol do artigo 977, ao lado da Defensoria Pública, seu parceiro institucional em defesa dos interesses coletivos. Da ótica da lei processual como uma lei ordinária que rege a matéria do processo civil brasileiro, e atrelado a lei complementar que rege as atribuições do ministério público; o novo cpc conversa com a noção sistêmica de ordenamento e garante o papel ímpar na relação processual para o ministério público, ao mesmo modo em que lhe imputa atribuições específicas e exclusivas.

2. DEFENSORIA PÚBLICA (ATRIBUIÇÕES TÍPICAS E ATÍPICAS)

A Defensoria Pública é uma instituição pautada no princípio constitucional dos direitos e garantias fundamentais, prevista no art. 5, inciso LXXIV, no qual o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recurso. É uma instituição antiga, com importância relativamente nova dentro da redemocratização brasileira, sendo contemplada no artigo 134 da Carta Magna.

A lei orgânica das suas atribuições típicas foi promulgada em 1994, pela lei complementar nº 80/94, na qual em seu artigo 4, inciso IX, diz que uma das atribuições da Defensoria Pública é assegurar aos seus assistidos, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com recursos e meios a ela inerentes. As emendas constitucionais nº45, nº74 conferiram autonomia funcional e administrativa à Defensoria Pública, mas foi com a emenda nº 80 que os defensores públicos passam a contar com prerrogativas legais da magistratura, mostrando a importância desta instituição para efetivação da justiça ao lado do Ministério Público. Importante salientar que, a Defensoria Pública não pode ser suprimida e nem ter suas atribuições reduzidas via emenda constitucional, visto que, o direito de acesso à justiça faz parte do mínimo existencial núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, conseqüentemente, não podendo ser reduzido.

Sua ampliação de atribuições tem se dado gradativamente, com relevante inclusão da defensoria no novo código de processo civil de 2015. Onde, além das funções elencadas no art. 4º da Lei Complementar nº. 80/84, o art. 185 do novo CPC dispõe que “a Defensoria Pública exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita”

3. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA (IRDR)

Uma das maiores novidades processuais trazidas pelo código processual de 2015, foi o incidente de resolução de demanda repetitiva, previsto nos artigos 976 ao 987. De maneira resumida, trata-se de um instrumento processual com o intuito de evitar o acúmulo nos tribunais superiores de processos sobre temas repetitivos, sendo de competência originária dos tribunais de segunda instância. O IRDR tem a finalidade de evitar que ocorram decisões conflitantes (uniformização de decisões) para garantir uma maior segurança jurídica aos indivíduos em geral, sejam eles partes, interessados, executados ou advogados. Podendo instaurar o IRDR as partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública mediante petição ou o juiz ou relator do processo no Tribunal mediante ofício.

Nota-se que o NCPC não restringe à atuação da Defensoria Pública, o que pode ser subentendido como uma abertura para uma ampla atuação deste órgão, ou seja, atuar apenas quando estiver representando os necessitados ou hipossuficientes poderia ser abrangido por abertura da própria lei que não limitou sua atuação, pelo contrário, deixou uma interpretação aberta e estendida sobre o assunto. Leve-se em consideração que as questões repetitivas, do ponto de vista do direito, nem sempre versam sobre direitos individuais homogêneos.

Ou seja, a Defensoria Pública ganha espaço no IRDR ao lado do Ministério Público sendo, uma instituição legitimada para requerer a instauração. Os freios visíveis e invisíveis da expansão da Defensoria Pública tornam-se frequentes e ainda mais intensos, especialmente pelo incômodo causado por sua atuação eficaz, o que nos mostra uma alta capacidade para expansão de poder. O que pode-se observar diante da decisão do STF na ADI n. 3.943, da Emenda Constitucional n. 80/14 e das modificações legislativas operadas pela LC n. 132/09 é que a no Defensoria Pública assume um novo papel no ordenamento jurídico não podendo limitar-se apenas a assistência jurídica de hipossuficientes no plano individual.

O Código de Processo Civil em seu artigo 185 trouxe claramente esta ampliação ao dispor que: “A Defensoria Pública exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita.” Reafirmando assim à legitimidade ampla da Defensoria Pública.

A ausência de limitação e um tratamento equivalente entre a Defensoria Pública e o Ministério Público comprova que o sistema processual caminha para uma maior abrangência da

legitimação. E, o interesse a justificar sua participação decorrerá da interpretação de suas funções institucionais previstas na Constituição Federal, na LC n. 80/94 e na legislação estadual da respectiva instituição.

4. ADIN 3943(STF) E RESP1192577 (STJ)

Uma discussão de relevante valor e repercussão se deu no caso da ADIN 3943, sobre a propositura de ação coletiva e a legitimidade da Defensoria Pública para propositura da mesma, na qual a suprema corte entendeu não só que cabe ao defensor tutelar os interesses dos hipossuficientes e vulneráveis, como também estendeu o conceito de vulnerabilidade para além das fronteiras econômicas, sendo os consumidores legitimados a recorrer aos defensores públicos em defesa dos seus interesses.

As fronteiras invisíveis de hierarquia entres as instituições do Ministério Público e Defensoria Pública foram rechaçadas pela suprema corte brasileira, incubindo aos defensores públicos notável relevância dentro da efetivação da justiça e dos interesses coletivos. De uma ótica constitucional, tal discussão deveria ter sido há muito apaziguada, pois embora tenha atribuições semelhantes ao MP a Defensoria Pública não é uma instituição subordinada ou com intuito de subjugar o MP.

Outra importante vitória para o Direito Processual Civil Coletivo de base democrática, se deu em 2015, em especial quanto ao acesso à Justiça coletiva via Defensoria Pública. O EREsp 1.192.577, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), conferiu ampliou o conceito dos necessitados e legitimou a Defensoria para atuar em processos de competência coletiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo através de uma abordagem sintética das atribuições típicas e atípicas das instituições do Ministério Público e Defensoria Pública, ambos previstos constitucionalmente como instituições essenciais à função jurisdicional do Estado, e à luz do novo código de processo civil de 2015, confirmou a importância da legitimidade das instituições para efetivação da justiça através do IRDR.

Impor limites extraprocessuais ao defensor público na propositura de IRDR apenas quando estiver representando uma parte, fere os princípios constitucionais do devido processo legal e da garantia a todos de um órgão público de auxílio e defesa dos interesses coletivos. A ação direta de inconstitucionalidade número 3943 já corroborou que a Defensoria Pública é uma instituição legitimada nas ações de tutela coletivas, e que o IRDR, por sua natureza processual inovadora em tratar de processos semelhantes, deveria ter a legitimidade ampla abarcada pelo defensor público mesmo quando não estiver no interesse de uma parte específica. O

IRDR por tratar-se de um instrumento processual que afeta inúmeros processos semelhantes, deve ser instaurado pelo defensor público, assim como o Ministério público, com o intuito de apaziguar o entendimento e a jurisprudência pátria.

REFERÊNCIAS

A LEGITIMIDADE COLETIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A TUTELA DE SEGMENTOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR, v. 101, SÃO PAULO, SET./OUT. 2015.

BARLETTA, FABIANNA RODRIGUES. MAIA, MAURILIO CASAS. IDOSOS E PLANOS DE SAÚDE: OS NECESSITADOS CONSTITUCIONAIS E A TUTELA COLETIVA VIA DEFENSORIA PÚBLICA – REFLEXÕES SOBRE O CONCEITO DE COLETIVIDADE CONSUMIDORA APÓS A ADI 3943 E O EREsp 1192577. REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR [ONLINE]. SÃO PAULO, JULH-AGO. 2017. DISPONÍVEL EM:

[HTTP://WWW.MP.SP.BR/PORTAL/PAGE/PORTAL/DOCUMENTACAO_E_DIVULGACAO/DOC_BIBLIOTECA/BIBL](http://www.mp.sp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCons_N.106.07.pdf)

[I_SERVICOS_PRODUTOS/BIBLI_BOLETIM/BIBLI_BOL_2006/RDCONS_N.106.07.PDF](http://www.mp.sp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCons_N.106.07.pdf)

ACESSO EM: 23 DEZ. 2018.

BANEIRA, MARIA CONCEIÇÃO. ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DISPONÍVEL EM:

[HTTP://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR/ARTIGO,ATRIBUICOES-DO-MINISTERIO-PUBLICO-E-O-NOVO-CODIGO-PROCESSO-CIVIL-DE-2015,56545.HTML](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,atribuicoes-do-ministerio-publico-e-o-novo-codigo-processo-civil-de-2015,56545.html). ACESSO EM: 23 DEZ. 2018.

CNJ. DEFENSORIA PÚBLICA E MINISTÉRIO PÚBLICO – O QUE FAZ CADA UM? DISPONÍVEL EM:

<[HTTP://WWW.CNJ.JUS.BR/NOTICIAS/CNJ/77307-DEFENSORIA-PUBLICA-E-MINISTERIO-PUBLICO-O-QUE-FAZ-CADA-UM](http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/77307-defensoria-publica-e-ministerio-publico-o-que-faz-cada-um)> ACESSO EM: 22 DEZ. 2018.

DONIZETTI, ELPÍDIO. A DEFENSORIA PÚBLICA E O NOVO CPC. DISPONÍVEL EM:

[HTTPS://PORTALIED.JUSBRASIL.COM.BR/ARTIGOS/293075746/A-DEFENSORIA-PUBLICA-E-O-NOVO-CPC](https://portalied.jusbrasil.com.br/artigos/293075746/a-defensoria-publica-e-o-novo-cpc). ACESSO EM: 23 DEZ. 2018.

SIQUEIRA, RAFAEL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS IRDR.

DISPONÍVEL EM:

[HTTPS://RAFAELSIQUEIRA7902.JUSBRASIL.COM.BR/ARTIGOS/392995329/INCIDENTE-DE-RESOLUCAO-DE-DEMANDAS-REPETITIVAS-IRDR](https://rafaelsiqueira7902.jusbrasil.com.br/artigos/392995329/incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-irdr). ACESSO EM: 22 DEZ. 2018.

ORTEGA, FLÁVIA TEIXEIRA. ENTENDA O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS IRDR. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://DRAFLAVIAORTEGA.JUSBRASIL.COM.BR/NOTICIAS/490644453/NCPC- ENTENDA-O- INCIDENTE-DE-RESOLUCAO-DE-DEMANDAS-REPETITIVAS-IRDR](https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/490644453/ncpc-entenda-o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-irdr) . ACESSO EM: 23 DEZ. 2018.

ORTEGA, FLÁVIA TEIXEIRA. O MINISTÉRIO PÚBLICO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://DRAFLAVIAORTEGA.JUSBRASIL.COM.BR/NOTICIAS/378667945/O- MINISTERIO- PUBLICO-E-O-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL](https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/378667945/o-ministerio-publico-e-o-novo-codigo-de-processo-civil) . ACESSO EM: 23 DEZ. 2018.

O PREQUESTIONAMENTO FICTO DO ARTIGO 1.025 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ANÁLISE DA NECESSIDADE DE REVOGAÇÃO DA SÚMULA 211 DO STJ.

José Nelson Vilela Barbosa Filho (Mestrando/FADIC) 159

Resumo: O objetivo do presente trabalho é analisar a possibilidade do Superior Tribunal de Justiça (STJ) não observar a nova legislação processual e continuar a utilizar sua Súmula 211 exigindo que o tribunal de origem debata especificamente a matéria objeto do Recurso Especial, negando validade ao artigo 1.025 do Código de Processo Civil, uma vez que o enunciado do STJ não teria sido recepcionado pelo novo Diploma Processual. A promulgação do novo CPC privilegiou o princípio da primazia da resolução do mérito, bem como a duração razoável da demanda, com o dever de cooperação de todos os sujeitos do processo para um contraditório efetivo, cabendo ao juiz aplicar o ordenamento jurídico atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana, sempre respeitando a razoabilidade, a legalidade e a eficiência, na linha dos arts. 4º, 6º, 7º e 8º do diploma processual em vigor. Assim, o artigo 1.025 do CPC fez constar expressamente a figura do prequestionamento ficto. Ou seja, pelo novo ordenamento processual, caso a parte interponha embargos de declaração para discutir a matéria e os pontos omissos no acórdão, não podem mais os tribunais superiores negar conhecimento aos recursos excepcionais sob a alegação de que o tribunal de origem não enfrentou a matéria objeto do recurso. Porém, o STJ em decisões de 2017 e 2018, impôs aplicabilidade a sua Súmula 211 (nascida sob a égide do Código anterior), exigindo o debate específico da matéria pelo tribunal de origem e, desta forma, negando validade à legislação em vigor. Nesse sentido, o objetivo geral do trabalho é analisar se o art. 1025 é uma norma de conteúdo autoaplicável. Os objetivos específicos são questionar se o art. 1025 depende de um requisito externo para ter concretude - alegação de violação a outro dispositivo, no caso, o art. 1022 -, conforme entendimento do STJ, e compreender se a dicção do novo Código busca a celeridade processual para impedir a devolução do processo quando existir erro, omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido, mas a matéria tiver sido presquestionada através de embargos de declaração. A metodologia a ser utilizada será dedutiva, com abordagem qualitativa.

159 Mestrando em Direito – Historicidade dos Direitos Fundamentais pela Faculdade Damas. Especialista em Direito Processual Civil pela UFPE, em Direito Constitucional, em Direito Administrativo e em Direito Tributário pela ESMAPE. Advogado, Conselheiro Estadual Titular da OAB-PE. Membro da Comissão Nacional de Direitos Humanos do Conselho Federal da OAB. Professor Honorário da Escola Superior de Advocacia – ESA-OAB/PE. Contato: nbarbosa@nbarbosa.adv.br

Palavras-chave: Prequestionamento ficto. Novo Código de Processo Civil. Súmula 211 do STJ. Recurso Especial. Embargos de Declaração.

Resumen: El objetivo del presente trabajo es analizar la posibilidad del Superior Tribunal de Justicia (STJ) no observar la nueva legislación procesal y continuar utilizando su Súmula 211 exigiendo que el tribunal de origen debata específicamente la materia objeto del Recurso Especial, negando validez al artículo 1.025 del Código de Procedimiento Civil, ya que el enunciado del STJ no habría sido recibido por el nuevo Diploma Procesal. La promulgación del nuevo CPC privilegió el principio de la primacía de la resolución del mérito, así como la duración razonable de la demanda, con el deber de cooperación de todos los sujetos del proceso a un contradictorio efectivo, correspondiendo al juez aplicar el ordenamiento jurídico atendiendo a los fines sociales y las exigencias del bien común, resguardando y promoviendo la dignidad de la persona humana, siempre respetando la razonabilidad, la legalidad y la eficiencia, en la línea de los arts. 4, 6, 7 y 8 del título procesal en vigor. Así, el artículo 1.025 del CPC hizo constar expresamente la figura de la reclamación previa ficticia. Es decir, por el nuevo ordenamiento procesal, si la parte interpela embargos de declaración para discutir la materia y los puntos omisos en la sentencia, ya no pueden los tribunales superiores negar conocimiento a los recursos excepcionales bajo la alegación de que el tribunal de origen no se enfrentó a la materia objeto del recurso. Sin embargo, el STJ en decisiones de 2017 y 2018, impuso aplicabilidad a su Súmula 211 (nacida bajo la égida del Código anterior), exigiendo el debate específico de la materia por el tribunal de origen y, de esta forma, negando validez a la legislación vigente. En este sentido, el objetivo general del trabajo es analizar si el art. 1025 es una norma de contenido autoaplicable. Los objetivos específicos son preguntar si el art. 1025 depende de un requisito externo para tener concreción - alegación de violación a otro dispositivo, en el caso, el art. 1022 -, según el entendimiento del STJ, y comprender si la dicción del nuevo Código busca la celeridad procesal para impedir la devolución del proceso cuando exista error, omisión, contradicción u obscuridad en la sentencia recurrida, pero la materia haya sido debatida anteriormente a través de embargos de declaración. La metodología a ser utilizada será deductiva, con abordaje cualitativo.

Palabras clave: Reclamación previa ficticia. Nuevo Código de Proceso Civil. Súmula 211 del STJ. Recurso Especial. Embargos de Declaración.

INTRODUÇÃO

Ainda na vigência do anterior Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/1973) cresceu uma construção jurisprudencial nos tribunais superiores para a admissibilidade dos recursos especial e extraordinário (REsp e RE), que se chamou de prequestionamento. Para tanto seria necessário, para o conhecimento dos citados recursos, que a matéria objeto de questionamento tivesse sido debatida no acórdão recorrido pelo tribunal *a quo*.

Assim, criou-se um pressuposto a mais de admissibilidade recursal com a necessidade, quase sempre, de manejo dos embargos de declaração como mecanismo preparatório para a aceitação dos recursos excepcionais (REsp e RE), com objetivo de diminuir o conhecimento do mérito da matéria objeto de questionamento.

Algumas súmulas e diversos julgados trataram do tema, em especial as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal - STF e Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça, esta última objeto de uma análise mais apurada ao longo deste artigo.

O STJ tem entendido, em decisões do ano de 2017 e 2018, ser necessário que o tribunal *a quo* debata especificamente a matéria no acórdão recorrido para considerar realizado o prequestionamento, trazendo aplicabilidade a sua Súmula 211, mesmo após a promulgação do novo Código de Processo Civil (NCPC), com disposição expressa em sentido contrário em seu art. 1.025.

O objetivo deste trabalho é então analisar se o art. 1025 é uma norma de conteúdo autoaplicável, questionando se tal dispositivo legal depende de um requisito externo para ter concretude (alegação de violação a outro dispositivo, no caso, o art. 1022 do NCPC), conforme tem decidido o STJ em recentes julgados.

Busca-se também compreender se a dicção do novo Código de Ritos busca a celeridade processual para impedir a devolução do processo quando existir erro, omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido, mas a matéria já tiver sido presquestionada através de embargos de declaração.

A pesquisa fará um paralelo rápido da evolução do prequestionamento na legislação brasileira com uma análise das recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, que estão entendendo pela necessidade de discussão específica no acórdão recorrido, revalidando a ultrapassada Súmula 211 e contrariando a nova legislação processual.

Para tanto utiliza-se uma metodologia dedutiva, com abordagem qualitativa, ancorada em leitura de obras bibliográficas, artigos científicos e análise de textos legais, tentando demonstrar que a Súmula 211 do STJ não foi recepcionada pelo novo diploma processual.

Assim, a questão é tentar verificar se está correta a corrente jurisprudencial do STJ que nega validade e aplicabilidade ao art. 1.025 do NCPC, para fazer valer ainda a sua Súmula 211, e se esta mesma Súmula deve ser revogada ou ao menos colocada em desuso?

1. O PREQUESTIONAMENTO: ORIGEM E NOÇÕES GERAIS.

A exigência do prequestionamento nasceu no *Judiciary Act* norte-americano de 1789, que estabeleceu os recursos para a Suprema Corte Americana. Os doutrinadores americanos entendiam que não bastaria a simples alegação da questão federal para acarretar o cabimento do recurso, deveria tal questão ser suscitada e resolvida pelo Tribunal do Estado (ALMEIDA, 2011, p. 74).

Tal ideia foi trazida para o Brasil e incorporada ao Decreto nº 848 de 1890, depois introduzida à Constituição Federal de 1981, em que seu art. 59, § 1º, alínea “a”, que assim continha: “quando se questionar sobre a validade de leis ou a aplicação de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella”.

Veio a reforma de 1926 e posteriormente as Constituições de 1934 e 1937, onde, nesta última, se tinha que caberia o recurso extraordinário quando a decisão fosse contrária à lei federal “sobre cuja aplicação se haja questionado” (alínea “a” do inciso III do art. 101).

Entendia-se então que, não acontecendo o prequestionamento, seria determinado o não conhecimento do recurso extraordinário, surgido na jurisprudência para enfatizar que a parte deveria provocar o debate da questão federal ou constitucional perante a instância inferior (MEDINA, 1999, p. 190-191).

Todas as citadas constituições estabeleceram as mesmas regras, sendo somente modificadas a partir da carta magna de 1946, que não trazia a necessidade do “questionamento” para conhecimento do recurso ao Supremo Tribunal, nas palavras de Augusto Cordeiro de Mello (MELLO, 1964, p. 709):

Excetuada a Constituição de 1946, todas as outras estabeleciam a condição de ter havido questionamento sobre a aplicação da lei federal e que a decisão da justiça local lhe tivesse sido contrária. E a jurisprudência do Supremo Tribunal era tranqüila no sentido de que sem aquele pré-questionamento não se podia recorrer extraordinariamente.

Em face desta lacuna, parte da doutrina da época entendeu não mais existir a necessidade do prequestionamento, posicionamento que acabou não prevalecendo já que a jurisprudência se firmou em sentido contrário, estabelecendo que, apesar da Constituição não conter expressamente tal exigência, esta encontrava-se implícita, em virtude da natureza excepcional do recurso extraordinário.

Já a Constituição de 1967, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional 1 de 1969, em seu art. 119, III, “b”, retirou também a alusão ao “questionamento” da segunda hipótese contida na Carta Magna de 1946, no art. 101, III, “b”: “quando se questionar sobre a

validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada”.

Assim, em virtude do silêncio da Constituição de 1967, permaneceu o entendimento jurisprudencial dominante em relação à necessidade de prequestionamento para o conhecimento dos recursos extraordinários.

É de bom alvitre salientar que antes da Constituição de 1988 o recurso extraordinário era utilizado para violações às normas infraconstitucionais e à Constituição, com competência de julgamento, em ambos os casos, do Supremo Tribunal Federal.

Com a promulgação da nova ordem constitucional, dividiu-se entre o Supremo Tribunal Federal – STF e o Superior Tribunal de Justiça – STJ a função de guarda da Constituição e das leis federais, com o surgimento do recurso especial, de competência de apreciação do recém-criado STJ.

Na Carta Magna de 1988 estes recursos (extraordinário e especial) estão presentes nos arts. 102 e 105, respectivamente, em ambos os casos nos incisos III dos artigos.

2. A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) EM RELAÇÃO AO PREQUESTIONAMENTO.

A posição do STF em relação à matéria, conforme disposto em sua Súmula 356, era já bem mais avançada que a orientação do STJ. Para a Corte Máxima, debatida a questão constitucional não enfrentada pelo tribunal de origem através de manejo de embargos de declaração, entende-se prequestionada a matéria, viabilizando o conhecimento do recurso extraordinário, mesmo que o tribunal de origem não se manifeste a respeito. É que para a Suprema Corte: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento” (Súmula 356).

Abaixo transcreve-se um julgado sob essa orientação, elucidativo por observar a natureza de direito fundamental na necessidade de admissibilidade recursal (contraditório e ampla defesa), pilar do Estado Democrático de Direito:

EMENTA: I. Recurso extraordinário: prequestionamento: Súmula 356. O Supremo Tribunal tem reafirmado a sua jurisprudência - já assentada na Súm. 356 -, no sentido de que, reagitada a questão constitucional não enfrentada pelo acórdão, mediante embargos de declaração, se tem por prequestionada a matéria, para viabilizar o recurso extraordinário, ainda que se recuse o Tribunal a quo a manifestar-se a respeito (v.g., RE 210638, 1ª T, 14.04.98, Pertence, DJ 19.6.98; RE 208639, 2ª T, 6.4.99, Jobim, DJ 4.2.00, RTJ 172/273; RE 219934, PI, 14.06.00, Gallotti, DJ 16.2.01). II. Contraditório e ampla defesa: art. 5º, LV, da Constituição: conteúdo mínimo. 1. A garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa tem o conteúdo mínimo: a decisão que o desconhece viola diretamente o art 5º,

LV, da Constituição, ainda que se pretenda conforme à lei estadual. (RE 266397, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 09/03/2004, DJ 07-05-2004 PP-00026 EMENT VOL-02150-04 PP-00584).

A Súmula 356 do STF veio para superar anterior entendimento da Corte onde: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” (Súmula 282).

O prequestionamento ficto ocorre então quando ausente menção expressa da matéria na decisão prolatada, apesar de suscitada pela parte em embargos de (MANGONE, 2014, p. 96). A compreensão é de que em hipótese de a decisão já ter sido prolatada, não haveria às partes outra saída para efetivar o prequestionamento que não através dos embargos de declaração. Por isto mesmo José Miguel Garcia Medina (2012, p. 223), já sustentava que: “interpostos os embargos de declaração ‘prequestionadores’ perante a instância ordinária, aberta estaria a via do recurso extraordinário ou especial, (...), mesmo que o recurso de embargos de declaração não fosse sequer conhecido”.

Já o STJ sempre entendeu, e para tanto editou a Súmula 211, que era impossível o conhecimento do REsp quando a questão da violação à lei federal não tivesse sido apreciada pelo tribunal de origem, mesmo a despeito de oposição de embargos declaratórios para fins de prequestionamento. Vejamos tal Súmula: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo.”

O problema é que o novo Diploma Processual, art. 1.025, consagrou o prequestionamento ficto, conforme veremos abaixo.

3. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O PREQUESTIONAMENTO FICTO DO ART. 1.025.

Com a promulgação do novo CPC privilegiou-se o princípio da primazia da resolução do mérito, bem como a duração razoável da demanda, com o dever de cooperação de todos os sujeitos do processo para um contraditório efetivo, cabendo ao juiz aplicar o ordenamento jurídico atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana, sempre respeitando a razoabilidade, a legalidade e a eficiência, na linha dos arts. 4º, 6º, 7º e 8º do diploma processual em vigor.

Por isso mesmo o novo art. 1.025 do CPC fez constar expressamente a figura do prequestionamento ficto, ou seja, pelo novo ordenamento processual, caso a parte interponha embargos de declaração para discutir a matéria e os pontos do acórdão que existam erro, omissão, contradição ou obscuridade, não podem mais os tribunais superiores negar

conhecimento aos recursos excepcionais sob a alegação de que o tribunal de origem não enfrentou a matéria objeto do recurso. Na linha da dicção expressa do artigo citado:

Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Assim, houve a positivação do prequestionamento ficto, já que a oposição dos embargos declaratórios já preenche o requisito específico, independente do debate no acórdão recorrido. Essa é a exegese do artigo 1.025 do novo CPC, de acordo com Guilherme Beux Nassif Azem (2015, p. 209):

Trata-se de alternativa que ratifica o que já constava na súmula 356 do Supremo Tribunal Federal e confere às partes a possibilidade de utilização dos expedientes recursais tal como previstos no sistema processual, conferindo maior previsibilidade ao procedimento.

A nova legislação processual quis impedir que se possa entender como falta de prequestionamento algum motivo não imputado a parte. Pois, se parte se desincumbir desse ônus, manejado os embargos declaratórios específicos, a matéria deve ser considerada prequestionada, para todos os efeitos.

4. A RECENTE POSIÇÃO DO STJ EM CONTINUAR APLICANDO A SUA SÚMULA 211 E NEGAR VALIDADE AO ART. 1.025 DO NCPC.

O Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões dos anos de 2017 e 2018, tem aplicado a sua Súmula 211 (nascida sob a égide do Código anterior), exigindo o debate específico da matéria pelo tribunal de origem e, dessa forma, vem negando validade à legislação em vigor. Tal enunciado colide de forma clara com o novo art. 1.025 do CPC, tratando a questão de forma diferente da hoje positivada, já que exige que os declaratórios sejam opostos e que o tribunal *a quo* analise especificamente a omissão alegada, sob pena de não conhecimento do REsp, exigência inexistente na lei, que estabelece não ser necessário o exame da referida omissão.

Para melhor elucidar a matéria transcreve-se a citada posição do STJ, utilizando-se um destes citados julgados:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ALEGADA ILIQUIDEZ DO TÍTULO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO

DA MATÉRIA VENTILADA NO RECURSO ESPECIAL. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. PREQUESTIONAMENTO FICTO PREVISTO NO ART. 1.025 DO CPC/2015. NECESSIDADE DE SE APONTAR VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. PRECEDENTE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A matéria referente aos arts. 783 e 803, do CPC de 2015 não foi objeto de discussão no acórdão recorrido, apesar da oposição de embargos de declaração, não se configurando o prequestionamento, o que impossibilita a sua apreciação na via especial (Súmulas 282/STF e 211/STJ). 2. O STJ não reconhece o prequestionamento pela simples interposição de embargos de declaração (Súmula 211). Persistindo a omissão, é necessária a interposição de recurso especial por afronta ao art. 1.022 do CPC de 2015 (antigo art. 535 do Código de Processo Civil de 1973), sob pena de perseverar o óbice da ausência de prequestionamento. 3. "A admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei". (REsp 1639314/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 10/04/2017). 4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 1098633/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 15/09/2017).

Vê-se, inclusive, da análise do julgamento acima, que o STJ está utilizando não somente a sua Súmula 211, mas também a superada Súmula 282 do STF. É que, com a edição da Súmula 356, o Supremo avançou no seu entendimento constante na anterior Súmula.

Com esta posição o Superior Tribunal de Justiça faz letra morta da nova legislação processual, já que continua a utilizar as Súmulas 211 (STJ) e 282 (STF), para exigir que o tribunal de origem debata especificamente a matéria objeto do recurso especial, negando validade, desta maneira, ao art. 1.025 do NCPC.

A matéria tem especial relevância em sede do Superior Tribunal de Justiça, já que, como dito, o Supremo Tribunal Federal já admitia o prequestionamento ficto (Súmula 356).

A conclusão é de que o referido dispositivo (art. 1.025 do NCPC) supera o entendimento firmado pela Súmula 211, derrubando concepção que já estava fortemente alicerçada no ordenamento jurídico brasileiro, ao afirmar ser desnecessário o exame dos pontos suscitados nos embargos de declaração prequestionadores.

Havia nítida divergência de entendimento entre o STF, o qual admitia o prequestionamento ficto, e o STJ, o qual não o permitia, de maneira que o NCPC surgiu com o intuito de uniformizar os posicionamentos.

Tal enunciado (Súmula 211 do STJ) não está mais em sintonia com o novo Código de Processo, devendo ser revogado, ou mesmo colocado em desuso, conforme veremos abaixo.

5. NECESSIDADE DE REVOGAÇÃO OU NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA 211 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Pensamos que o disposto no citado art. 1.025 acaba por superar o entendimento firmado na Súmula 211/STJ, pois esta prega que o julgamento negativo dos embargos de declaração não permite o prequestionamento (porquanto o ponto continuou sem estar decidido), vedando-se, assim, a análise de tal matéria pela instância excepcional. Já o texto legal vai em sentido diametralmente apostado, exigindo apenas a interposição dos embargos declaratórios para preencher o requisito do prequestionamento, normatizando o chamado prequestionamento ficto, já aceito pelo Supremo Tribunal Federal.

A solução do novo CPC é extremamente correta porque somente considera o prequestionamento ficto quando houver admissão pelo tribunal superior da existência de erro, omissão, contradição ou obscuridade no julgamento dos embargos pelo tribunal *a quo*.

Assim, não há margem para o entendimento do STJ de que a aplicação do art. 1.025 do CPC/15 em recurso especial, “exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei” (STJ – 2017, ao citar o REsp 1639314/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 10/04/2017).

Além de não haver na lei essa exigência, trata-se de um ônus à parte irrelevante e meramente formalista, na medida em que pouco importa se ela alegou a violação ao art. 1022 do CPC; depende apenas de o relator no STJ considerar a existência de erro ou como omissa, obscura ou contraditória a questão, e isso não tem qualquer relação com requerer o provimento do recurso especial por infringência à norma do art. 1.022

Ademais, não é essa violação que fará o recurso ser provido, e sim a afronta à norma supostamente infringida e tida por prequestionada.

Desta forma, é equivocada a posição que está se firmando no STJ para aplicar a sua superada Súmula 211, ante a vigência do novo art. 1.025 do CPC, devendo a mesma ser revogada ou posta em desuso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Andou bem o novo CPC em relação à consagração expressa da tese do prequestionamento ficto (art. 1.025), na linha do que antes já havia sido adotado pelo STF (Súmula 356).

Interpostos os embargos de declaração – ainda que estes sejam inadmitidos ou rejeitados – deve ser considerada prequestionada a matéria para fins de conhecimento dos recursos aos tribunais de superposição.

Nesse contexto, chega-se à conclusão de que, mesmo diante da inexistência do julgamento da matéria controvertida, com a interposição dos embargos são considerados incluídos no acórdão os elementos ventilados nos aclaratórios, opostos para fins de prequestionamento. Os recentes julgamentos do Superior Tribunal de Justiça, que dão aplicabilidade a sua Súmula 211 e exigem que o tribunal *a quo* debata especificamente a matéria objeto do recurso especial na decisão recorrida, não estão em consonância com a nova legislação processual. Temos um posicionamento crítico ao chamado ativismo judicial brasileiro (STRECK, 2013), não compreendendo bem a dificuldade dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça de cumprirem a nova legislação processual, tão festejada pela maioria dos juristas.

É que, como dito, de acordo com o NCPC, a interposição dos embargos de declaração já é suficiente para a caracterização do prequestionamento, considerando-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Assim, o art. 1025 é uma norma de conteúdo autoaplicável, que não depende de um requisito externo – alegação de violação a outro dispositivo, no caso, o art. 1022 – para ter concretude.

O novo Código de Ritos buscou então a celeridade processual para impedir a devolução do processo quando existir erro, omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido, mas a matéria já tiver sido presquestionada através de embargos de declaração.

No nosso entender, a partir da consagração da tese do prequestionamento ficto pelo art. 1.025 do NCPC, a Súmula 211 do STJ se encontra superada, devendo ser revogada ou mesmo colocada em desuso, já que o entendimento fixado neste enunciado foi rejeitado pela nova legislação processual, estando totalmente equivocadas, no nosso sentir, as recentes decisões deste tribunal superior que insiste em aplicar tal súmula.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, JEAN ALVES PEREIRA. TEORIA GERAL DO PREQUESTIONAMENTO. REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO PROCESSUAL. SÃO PAULO, N.97, P.71-81, ABR. 2011.

AZEM, GUILHERME BEUX NASSIF. BREVES NOTAS SOBRE O PREQUESTIONAMENTO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IN: RUBIN, FERNANDO; REICHELDT, LUIS ALVERTO (ORG.). GRANDES TEMAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PORTO ALEGRE: LIVRARIA DO ADVOGADO, 2015.

MANGONE, KÁTIA APARECIDA. PREQUESTIONAMENTO E QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E NO RECURSO ESPECIAL. SÃO PAULO: SARAIVA, 2014.

MEDINA, JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA. O PREQUESTIONAMENTO NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL. 2. ED. REV. AMPL. E ATUAL. DE ACORDO COM A LEI 9.756/98 E A SÚMULA 211 DO STJ, RPC 6, VOL. V – SÃO PAULO: EDT. REVISTA DOS TRIBUNAIS, 1999.

_____. PREQUESTIONAMENTO E REPERCUSSÃO GERAL. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2012.

MELLO, AUGUSTO CORDEIRO DE. O PROCESSO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RIO DE JANEIRO: FREITAS BASTOS, 1964.

STRECK, LENIO LUIZ. O ATIVISMO JUDICIAL EXISTE OU É IMAGINAÇÃO DE ALGUNS. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.CONJUR.COM.BR/2013-JUN-13/SENSO-INCOMUM-ATIVISMO-EXISTE-OU-IMAGINACAO-ALGUNS](https://www.conjur.com.br/2013-JUN-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns). ACESSO EM: 27 DEZ. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª TURMA. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.098633-MG. RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. DECISÃO UNÂNIME. BRASÍLIA, 12.09.17. DJE DE 15.09.17. DISPONÍVEL A PARTIR DE: [HTTP://WWW.STJ.JUS.BR/SCON/JURISPRUDENCIA/TOC.JSP](http://www.stj.jus.br/SCON/JURISPRUDENCIA/TOC.JSP). ACESSO EM: 27 DEZ. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª. TURMA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) Nº 266397-PR, RELATOR: MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE, DECISÃO UNÂNIME. BRASÍLIA, 09.03.04. DJ 07.05.04. DISPONÍVEL A PARTIR DE: [HTTP://WWW.STF.JUS.BR/PORTAL/JURISPRUDENCIA/LISTARJURISPRUDENCIA](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia). ACESSO EM: 27 DEZ. 2018.

NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL NO CPC/2015

Alzira Karolline Gomes (Direito/ FADIC) 160

Amanda Mariany Moura de Carvalho (Direito/ FADIC) 161

Anna Carolina Cabral de Souza Barros (Direito/ FADIC) 162

Resumo: O trabalho, ora apresentado, estuda a inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 que conferiu às partes o poder de formular negócios jurídicos processuais, desde que os integrantes da relação jurídica sejam capazes e o objeto verse sobre direitos disponíveis ou admitam auto composição. A doutrina estabelece a existência de negócios jurídicos típicos e atípicos. Os negócios típicos possuem previsão legal no CPC/2015, como nos casos de: eleição negocial de foro (art. 63), calendário processual (art. 191), renúncia do prazo (art. 225), acordo de impenhorabilidade (art. 833, I), pacto de mediação prévia obrigatório (art. 2º, § 1º da Lei 13.140/2015). Ao passo que os negócios atípicos estão previstos no art. 190, cláusula geral de negociação sobre o processo, grande inovação do novo Código concretizando o princípio do autorregramento da vontade, como aponta DIDIER JR. (2017). Contudo, a criação de títulos executivos extrajudiciais por convenção das partes não é consensual entre doutrinadores, sendo assim, pretende-se apresentar posicionamentos doutrinários favoráveis e desfavoráveis. Entre os que tecem críticas, exsurge, nesse sentido o posicionamento doutrinário de NEVES (2017), embasado no princípio da tipicidade dos títulos executivos presentes no artigo 784 do CPC/15, afirma que eles constituem *numerus clausus*, não permitindo a criação de títulos diferentes daqueles previstos no dispositivo, sob a condição de comportar-se de forma oposta à Lei. Entre os que elogiam como DIDIER JR. (2017) argumenta-se que a previsão do artigo 190 do CPC/15 confere às partes o poder de criar títulos executivos extrajudiciais a partir da formulação de negócio jurídico processual, obedecendo os requisitos de validade: capacidade dos celebrantes, possuir objeto lícito e observar forma prevista ou não proibida por lei em que o desrespeito a qualquer dos requisitos

¹⁶⁰ Graduanda em Direito na Faculdade Damas da Instrução Cristã. E-mail: alzirakarollineg@gmail.com.

¹⁶¹ Graduanda em Direito na Faculdade Damas da Instrução Cristã. E-mail: amandamariany@live.com.

¹⁶² Graduanda em Direito na Faculdade Damas da Instrução Cristã. E-mail: carolinnacabral@gmail.com

implica na nulidade do negócio, que poderá ser reconhecida de ofício, nos termos do parágrafo único do artigo supracitado. Nesse sentido, procura discutir sobre o posicionamento doutrinário acerca da criação de títulos executivos extrajudiciais a partir de negócio jurídico processual à luz do Código de Processo Civil de 2015.

Palavras-chaves: Execução. Título executivo. Negócio processual.

Abstract: The work, presented here, studies the innovation brought by the 2015's Código de Processo Civil, which gave the parties the power to formulate legal procedural deals, provided that the members of the legal relationship are capable and the object is about available rights or admit self-composition. The doctrine establishes the existence of typical and atypical legal business. The typical businesses have legal provisions in CPC/2015, as in the cases of: negotiating election of a forum (article 63), procedural calendar (article 191), waiver of the term (article 225), agreement of non-performance (article 833 , I), mandatory prior mediation agreement (article 2, § 1º of Lei 13.140/2015). While atypical businesses are provided in art. 190, general negotiating clause on the process, great innovation of the new Code realizing the principle of self-will, as pointed out by DIDIER JR. (2017). However, the creation of extrajudicial executive titles by convention of the parties is not consensual among doctrinators, and thus, it's intended to present favorable and unfavorable doctrinal positions. In this sense, the doctrinal position of NEVES (2017), based on the principle of typical executive titles in article 784 of CPC/15, states that they constitute *numerus clausus* and do not allow the creation of different titles of those provided in the device, under the condition of behaving contrary to the Law. Among those who praise as DIDIER JR. (2017), it is argued that the provision of article 190 of CPC/15 gives the parties the power to create out-of-court executive titles based on the formulation of a legal business, in compliance with the validity requirements: the capacity of celebrants, a form that is foreseen or not prohibited by law in which failure to comply with any of the requirements implies the nullity of the business, which may be recognized ex officio, in accordance with the sole paragraph of the aforementioned article. In this sense, it seeks to discuss the doctrinal positioning regarding the creation of extrajudicial executive titles from a juridical process in the light of the 2015's Código de Processo Civil.

Keywords: Execution. Executive title. Business process.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca estudar a possibilidade de criação de título executivo extrajudicial, inovação trazida pelo modelo processual cooperativo implementada no Código de Processo

Civil (CPC) de 2015 (BRASIL, 2015), que, em seu artigo 190, traz a cláusula de geral de negociação processual, através dela as partes foram empoderadas para que pudessem buscar a resolução de seus conflitos fora da esfera judicial, desde que observadas as normas gerais do direito. Diante dessas inovações, o trabalho traz ponderações acerca dos princípios executivos como item flexibilizadores frente ao conflito de normas e à possibilidade de criação de título executivo judicial mediante negócio jurídico processual firmado entre as partes, bem como seu aspectos limitadores e respeito à segurança jurídica.

1. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

O negócio jurídico processual é um fato jurídico voluntário que possibilita às partes regular situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento, essas negociações vinculam o órgão julgador e, assim sendo, devem ser compreendidas como fontes de norma jurídica. (DIDIER JR., 2017, p. 425).

Quanto aos requisitos de validade, deverão ser observados os mesmos requisitos regulatórios dos negócios jurídicos privados, previstos no art. 104 do Código Civil (BRASIL, 2002): deverá ser celebrado por pessoas capazes, o objeto deverá ser lícito e deverá ser respeitada a forma prevista ou não defesa em lei.

Os negócios jurídicos processuais, segundo DIDIER JR. (2017), podem ser classificados em: unilaterais, bilaterais ou plurilaterais; expressos ou tácitos; típicos ou atípicos. Os negócios unilaterais são os realizados através da vontade de uma das partes (desistência ou renúncia), os bilaterais manifestam a vontade de ambas as partes (ex. eleição negocial de foro) e os plurilaterais são formados pela vontade de mais de dois sujeitos, como ocorre com a sucessão processual voluntária ou com os negócios processuais celebrados com a participação do juiz (ex. calendário processual). Já quanto à forma de aceitação, os negócios poderão ser expressos (ex. cláusulas contratuais) ou tácitos (ex. aceitação tácita da decisão prevista no art. 1.000, CPC/2015). A última classificação é a de maior relevância para o presente estudo. Os negócios jurídicos processuais típicos são aqueles expressamente previstos no Código de Processo Civil de 2015, vejamos alguns exemplos: eleição negocial de foro (art. 63), calendário processual (art. 191), renúncia do prazo (art. 225), acordo de impenhorabilidade (art. 833, I), pacto de mediação prévia obrigatório (art. 2º, § 1º da Lei 13.140/2015). Algumas dessas negociações processuais já possuíam previsão no CPC de 1973, como é o caso da eleição negocial de foro contida no art. 111. Já os negócios processuais atípicos, que possuem relevante importância para o presente estudo, baseiam-se nos arts. 190 (cláusula geral de negociação sobre o processo) e 200 do CPC/2015, *in verbis* abaixo.

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às

especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. (BRASIL, 2015)

Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial. (BRASIL, 2015)

O art. 190 do CPC/2015 materializa o princípio do autorregramento da vontade, assentado no modelo cooperativo de processo previsto no art. 6º do CPC (BRASIL, 2015), que busca organizar os papéis processuais das partes e do juiz a fim de harmonizar a tensão existente entre a liberdade individual e o exercício do poder pelo Estado (DIDIER JR., 2017, p. 150-151). A doutrina aponta que a vontade das partes se tornou tão relevante para o novo Código que existe um verdadeiro "microssistema de proteção" a esse exercício, observável desde a própria estrutura da Lei¹⁶³ até a cláusula geral de negociação processual (DIDIER JR., 2015, p. 151-153).

Deve-se salientar que o art. 190 do CPC/2015 não diz respeito aos negócios jurídicos que versam sobre direito litigioso, pois isso seria autocomposição, mas sim sobre a negociação quanto às regras do próprio processo. São exemplos de negociações processuais atípicas os acordos para: delimitar uma instância única, ampliar ou reduzir prazos, superar a preclusão, ratear as despesas processuais, retirar o efeito suspensivo da apelação, vedar a execução provisória, aplicar a decisão por equidade ou baseada em direito estrangeiro ou consuetudinário, entre outros. Essa modalidade de negócio possui forma livre, salvo exceções previstas em lei (ex. foro de eleição e convenção de arbitragem), portanto poderão ser firmados de forma oral ou escrita, através de documento ajustado extrajudicialmente ou em mesa de audiência, etc. (DIDIER JR., 2017, p. 430-440).

¹⁶³“(…) a) dedica um capítulo inteiro para regular a mediação e a conciliação (arts. 165-175); b) estrutura o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (arts. 334 e 695); c) permite a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII); d) permite que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, § 2º); e) permite acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto do litígio) atípicos (art. 190).” (DIDIER, 2017, p. 151).

2. TÍTULO EXECUTIVO E SEUS PRINCÍPIOS INFORMADORES

Através do examinado a respeito dos negócios jurídicos processuais, foi possível constatar-se que é possível, através de negociação atípica, realizar um acordo através de documento extrajudicial, ora denominado título executivo extrajudicial. O intuito de tal exposição é esclarecer aos leitores acerca da possibilidade da criação de título executivo extrajudicial, por meio da convenção entre as partes trazida pelo art. 190 do CPC/2015, à luz dos princípios que regem a execução.

Assim, faz-se mister, inicialmente, pontuar a importância dos princípios na atualidade, afinal vivemos em mundo extremamente dinâmico em que o novo pode tornar-se obsoleto em questão de minutos. Tendo o direito obrigação de se adaptar a essas constantes mudanças, em razão de reger a vida em coletividade, com ele não seria diferente. Diante disso, torna-se primordial a função dos princípios, que diferente das leis, são flexíveis e se adaptam às situações, sendo ferramentas que objetivam alteração e integração da norma às necessidades da sociedade.

(...) condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática. (REALLE, 2001, p. 286).

O princípio da taxatividade dos títulos executivos nos traz como regra fundamental para a execução a existência de um título pré-constituído, não há execução sem título (“*nulla executio sine titulo*”). Tal requisito decorre da posição que se encontra o executado diante do processo de execução, sendo a execução uma figura processual de extrema importância, que possibilita ao credor a satisfação da obrigação. Entretanto, no processo de execução estamos perante constrição patrimonial do indivíduo, e, diante disso, deve ser realizada mediante título que demonstre direito a receber tal crédito. Ou seja, o título executivo extrajudicial nada mais é que uma forma de materializar e garantir o direito do credor.

O título executivo é o documento que certifica um ato jurídico normativo, que atribui a alguém um dever de prestar líquido, certo e exigível, a que a lei atribui o efeito de autorizar a instauração da atividade executiva. (DIDIER JR., 2017, p. 260).

Nessa perspectiva, outro princípio de grande relevância no processo executivo é o da tipicidade. O princípio apregoa que no nosso sistema jurisdicional, para que seja considerado válido um título executivo extrajudicial, é preciso que esse título esteja expresso na lei de forma taxativa (*numerus clausus*). Dessa forma, apenas a lei pode alterá-lo, sendo competência exclusiva da União a criação ou alteração de título executivo extrajudicial, conforme assim dispõe a Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Contudo, este entendimento que até outrora era pacífico pela doutrina, vem sendo confrontado devido às alterações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), quanto à cláusula geral de negociação sobre o processo. Insurgem-se, então, teorias acerca da possibilidade de criação de título executivo extrajudicial processual por convenção entre as partes, ou seja, para além dos dispostos no art.784 do CPC/2015.

Afinal, o legislador ao criá-lo empoderou as partes para que acordem da melhor forma a resolução de seus contratos ou eventuais conflitos. Diante do exposto, e se o objetivo da execução é a satisfação da obrigação, não nos restam dúvidas quanto ao poder das partes de criar título executivo, bem como a enorme mudança que o CPC/2015 nos impõe quanto à tendência a desjudicialização, ou seja, a possibilidade de resolução de conflitos fora da esfera judicial, desde que sejam à luz das normas do direito solucionados.

A boa-fé processual é outro princípio da execução, de extrema importância frente às inovações trazidas pelo novo Código, é o princípio que rege todo e qualquer negócio jurídico processual. A boa-fé é pautada na conduta honesta e cooperativa das partes, cabe tanto ao exequente quanto ao executado não praticar atos que atentem contra a dignidade da justiça, estando sujeito às penalidades dispostas do art. 774 do CPC/2015.

Esse princípio é essencial no instituto da fraude à execução, bem como, na criação de título executivo extrajudicial, de forma que como disposto no próprio art. 190 do CPC/2015, caso identificado vício na relação pactuada, poderá ser anulada ofício pelo juiz ou a requerimento. A boa-fé processual encontra previsão no art. 5º do CPC/2015.

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé. (BRASIL, 2015).

O Princípio da efetividade na execução preconiza que o direito não deve só existir juridicamente, ele deve ser efetivado: na execução, a obrigação deve ser satisfeita. Ocorre que hoje vivemos em situação de incerteza quanto ao final do processo de execução, empresários que não possuem nenhum patrimônio em seus nomes, executados que dilapidam seu patrimônio ao decorrer do processo, que não apontam bens e deixam o processo de execução mais oneroso e prolongado. Questões essas que não existiriam, caso as partes pudessem convencionar seu título com suas obrigações e formas de satisfação do crédito quanto à execução. O bem passível de constrição já estaria previamente garantido e descrito no título. Dessa maneira, não podendo alegar posteriormente o executado insuficiência. Afinal, ninguém melhor do que as partes para convencionar a forma de satisfação da obrigação, garantindo previamente o resultado útil do processo de execução.

Destarte, é nítida a posição dos princípios da execução como item fundamental nessa nova perspectiva do processo de executivo.

3. CRIAÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL NO CPC/2015

A criação de título executivo extrajudicial decorre da interpretação do art. 190 do CPC/2015, que possibilita criação de negócio processual atípico, como mencionado anteriormente. Dessa forma, através de negócio jurídico processual poderiam as partes criar títulos executivos extrajudiciais além daqueles previstos no rol do art. 784 do CPC/2015, pois a legislação processual apresenta um modelo inovador na estrutura do processo, delegando poder às partes, de modo que elas e o juiz estejam na mesma posição atuando conjuntamente. “O rol de títulos executivos extrajudiciais do Direito Brasileiro é basicamente formado por atos jurídicos, todos eles produtos o exercício do poder do autorregramento da vontade.” (DIDIER JR; BRAGA; DE OLIVEIRA, 2017, p. 311). Posto que as partes sabem qual a melhor forma de atender seus direitos e de resolver seus litígios.

O modelo processual cooperativo implantado pelo código de processo civil de 2015 permite chegar à conclusão de que há um maior empoderamento das partes no processo, ilustrado, dentre outras regras, por aquela que consagra a norma dos negócios jurídicos processuais (190, CPC/15). (CORTES, 2017).

Entretanto esse entendimento não é unânime entre os doutrinadores, pois de um lado argumenta-se ser *contra legis* a criação de título executivo extrajudicial, pois o rol do dispositivo é fixado por lei, só permitindo a criação de outras hipóteses pelo legislador e não pelo operador do direito.

Significa dizer que o elenco de títulos executivos previstos em lei constitui numerus clausus, sendo, portanto, restritivo, o que impossibilita o operador do direito criar títulos executivos que não estejam previstos em lei. Nem mesmo o acordo de vontades dos participantes da relação jurídica de direito material possibilita a formação de um título executivo. Assim, mesmo que os contratantes celebrem um contrato, dispensem a assinatura das testemunhas, mas afirmem por meio de cláusula contratual estarem formando um título executivo, o contrato não será instrumento apto a ensejar o processo executivo. (NEVES, 2017, p. 973-974).

Sendo assim, com base no princípio da tipicidade dos títulos executivos (*nulla titulus sine lege*) esse entendimento doutrinário afirma que seria impraticável a criação de títulos executivos, pois eles não seriam dotados de certeza, liquidez e exigibilidade, características essenciais do título executivo, desembocando na inviabilidade de ingressar com a execução, pois só seriam títulos executivos extrajudiciais aqueles previstos em lei, isto é, os constantes no rol do art. 784 do CPC/2015.

De outro lado insurge o entendimento doutrinário de que a legislação processual possibilita a criação de título executivo extrajudicial com base no art. 190 do CPC/2015 de modo que as partes possam adequar o procedimento conforme seus anseios desde que versem sobre direitos disponíveis, escolhendo quais efeitos irão atingir os atos processuais da relação jurídica.

Observa-se formas típicas no Código de Processo Civil de 2015 de negócio jurídico processual, como o seguinte *caput* do dispositivo legal:

Art. 916. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de trinta por cento do valor em execução, acrescido de custas e de honorários de advogado, o executado poderá requerer que lhe seja permitido pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e de juros de um por cento ao mês. (BRASIL, 2015).

Dessa forma, o executado pode escolher qual a forma de pagamento da obrigação de quantia certa que melhor se adequa a ele.

Talvez os negócios processuais atípicos tenham uma maior dificuldade de aceitação na prática e na doutrina, em razão da ausência de previsão de critérios limitadores exatos, gerando, portanto, a sensação de insegurança jurídica. No entanto, diante da mudança da legislação, deve-se buscar, principalmente, a mudança de mentalidade a fim de que se obtenha o sucesso do instituto. (CORTES, 2017).

Posto que a criação de título executivo não será desprovida de requisitos formais, essenciais a sua validade, bem como fundamentais ao negócio jurídico processual, remetendo a própria previsão do *caput* do art. 190 do CPC/2015 se direcionando a “direitos que admitam autocomposição”. Logo, não havendo motivo para temer de forma tenebrosa que as partes estipulem outros títulos executivos conforme sua vontade.

Assim, se as partes resolvem atribuir a uma obrigação o poder executivo, e há essa resistência de aceitação de títulos executivos distintos daqueles previstos no dispositivo, podem suprir com duas testemunhas conforme previsão do inciso III do art. 784 do CPC/2015, garantindo a segurança jurídica tão requerida no procedimento executivo.

Outrossim pode-se questionar se a formulação de título executivo extrajudicial por meio de negócio jurídico processual esbarra na previsão da ação monitória prevista nos arts. 700 a 702 do CPC/2015. Assim,

[...] a característica principal do procedimento monitório é a oportunidade concedida ao credor de, munido de uma prova literal, representativa de seu crédito, abreviar o iter processual para a obtenção de um título executivo. Assim, aquele que possui uma prova documental de um crédito, desprovida de eficácia executiva, pode ingressar com a demanda monitória e, se verificada a ausência de manifestação defensiva por parte do réu – embargos ao mandado monitório -, o obterá seu título executivo em menor lapso

temporal do que o exigido pelo processo/ fase procedimental de conhecimento.” (NEVES, 2017, p. 1011).

Nesse lastro questiona-se se: em um título executivo atípico prescrito, por exemplo um contrato com força executiva que não tem a assinatura de duas testemunhas, poderia o credor se valer da ação monitória para obter em juízo um título executivo mesmo sendo um título executivo atípico prescrito? Compreende-se neste ponto que as partes podem estipular tal previsão, conforme o entendimento doutrinário de que “podem, por exemplo, decidir que o título serve apenas a ação monitória” (DIDIER JR; BRAGA; DE OLIVEIRA, 2017, p. 311), intui-se que podem também decidirem que não cabe ação monitória, em caso de prescrição do título atípico devendo o credor optar pela via de conhecimento.

Pois, “a executividade de um título é efeito que se encontra na disponibilidade do credor, que pode, inclusive, até mesmo não promover a execução.” (DIDIER JR; BRAGA; DE OLIVEIRA, 2017, p. 311). Conforme previsão do art. 785 o CPC/2015 de que pode o credor não ajuizar a execução, ainda que em posse de título executivo extrajudicial, optando pelo procedimento comum para obter um título executivo judicial, isto é, a sentença.

Portanto, compreende-se ser plenamente possível a criação de título executivo extrajudicial através de negócio processual desde que obedeça aos requisitos de validade e manifeste a livre vontade das partes componentes da relação jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da exposição acerca do novo modelo processual cooperativo estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015, não restam dúvidas quanto à materialização do princípio do autorregramento das vontades através do art. 190, que traz a possibilidade de negociações jurídicas processuais. Dessa forma, evidente a opção do legislador por um modelo processual célere, que busque harmonizar a liberdade das partes e o exercício do poder estatal, abrindo a possibilidade para a negociação processual e, através dela, a criação de títulos executivos extrajudiciais processuais, desde que respeitados os requisitos de validade e o interesse das partes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. CÓDIGO CIVIL. BRASÍLIA, DF, 11 JAN. 2002. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/2002/L10406.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). ACESSO EM: 08 DEZ. 2018.

_____. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. BRASÍLIA, DF, 17 MAR. 2015. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2015-2018/2015/LEI/L13105.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm). ACESSO EM: 15 NOV. 2018.

CORTES, ESTEFANIA CORTES. A POSSIBILIDADE DA CRIAÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO ATRAVÉS DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS. SALVADOR, 20 MAR. 2017. DISPONÍVEL: <[HTTPS://PROCESSUALISTAS.JUSBRASIL.COM.BR/ARTIGOS/440189864/A-POSSIBILIDADE-DA-CRIACAO-DE-TITULO-EXECUTIVO-ATRAVES-DAS-CONVENCOES-PROCESSUAIS](https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/440189864/a-possibilidade-da-criacao-de-titulo-executivo-atraves-das-convencoes-processuais)>. ACESSO EM: 9 DE NOV. DE 2018.

DIDIER JR, FREDIE. CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: INTRODUÇÃO AO DIREITO PROCESSUAL CIVIL, PARTE GERAL E PROCESSO DE CONHECIMENTO. 19. ED. SALVADOR: ED. JUSPODIVM, 2017. V. 1.

DIDIER JR, FREDIE; DA CUNHA, LEONARDO CARNEIRO, BRAGA, PAULA SARNO; DE OLIVEIRA, RAFAEL ALEXANDRIA. CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: EXECUÇÃO. 7. ED. REV. AMPL. E ATUAL. SALVADOR: ED. JUSPODIVM, 2017. V. 5.

NEVES, DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO. MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: VOLUME ÚNICO. 9. ED. SALVADOR: ED. JUSPODIVM, 2017.

REALE, MIGUEL. LIÇÕES PRELIMINARES DO DIREITO. 25. ED. SÃO PAULO: ED. SARAIVA, 2001.

O INSTITUTO DA FRAUDE À EXECUÇÃO E O TERCEIRO DE BOA-FÉ NO CPC/2015

Amanda Mariany Moura de Carvalho (Direito/FADIC) 164

Felipe de Alcântara Queiroz (Direito/FADIC) 165

Resumo: A presente pesquisa tem o objetivo de estudar a diferença entre os institutos da fraude contra credores prevista no Código Civil de 2002 e da fraude à execução no Código de Processo Civil de 2015, bem como as mudanças advindas com o novo código para o terceiro de boa-fé integrante da relação jurídica. Conforme a lição de Daniel Amorim (2017, p. 1.163), a fraude contra credores e a fraude à execução se diferenciam na medida em que o primeiro instituto atinge unicamente o credor enquanto que o segundo, por ser capaz de provocar a inutilização de um processo já instaurado, atenta contra todo o poder judiciário inviabilizando a entrega do bem da vida ao exequente. Questão interessante reside na participação do terceiro alienatário para a efetiva demonstração do *consilium fraudis*. O elemento subjetivo, qual seja, o conhecimento de que a alienação é capaz de levar o devedor ao estado de insolvência não é requisito para a configuração da fraude à execução, mas é imprescindível na fraude contra credores cumulativamente com o elemento objetivo do *eventus damni*. Em consonância com o princípio da responsabilidade patrimonial do devedor e da boa-fé, corolário no negócio jurídico e no andamento processual, o legislador teve o cuidado de proteger o adquirente de boa-fé na fraude à execução distribuindo o ônus da prova ao credor quando alegar a fraude e exigindo que o terceiro tome as medidas necessárias a fim de resguardá-lo futuramente, uma vez que a boa-fé é presumida. Nessa senda procura-se discutir sobre esses institutos do direito material e processual, observando a preocupação do legislador em construir um sistema a fim de evitar que o devedor realize dilapidação patrimonial prejudicando terceiros e em prever sanções ao sujeito que agir com má-fé na relação jurídica.

Palavras-chave: Execução. Responsabilidade patrimonial. Fraude.

Abstract: The present research aims to study the difference between the institutions of Fraud Against Creditors provided in the Civil Code of 2002 and the Fraud to the Execution in the Code of Civil Procedure of 2015, as well as the changes coming with the new Code of Civil

¹⁶⁴ Graduanda em Direito na Faculdade Damas da Instrução Cristã. E-mail: amandamariany@live.com

¹⁶⁵ Graduando em Direito na Faculdade Damas da Instrução Cristã. E-mail: felipe.de.a.queiroz@gmail.com

Procedure for the third in good faith part in the legal relationship. According to the lesson of Daniel Amorim (2017, p. 1.163), Fraud Against Creditors and the Fraud to the Execution are differentiated to the extent that the first institute only reaches the creditor while the second one, because of its capacity of causing the frustration of a process already instituted, attempts on the whole judicial power by making the delivery of the good of life to the exequent unfeasible. Interesting question lies in the participation of the third alienator for the effective demonstration of *Consilium Fraudis*. The subjective element, namely, the knowledge that alienation is capable of bringing the debtor to the state of insolvency is not a requirement for the configuration of fraud to be implemented, but it is indispensable in the Fraud Against Creditors cumulatively with the objective element of *Eventus Damni*. In line with the principle of liability of the debtor and of good faith, corollary in the legal business and in procedural progress, the legislator was careful to protect the acquirer in good faith in the Fraud to the Execution by distributing the burden of proof to the creditor when alleging fraud and requiring the third party to take the necessary measures in order to safeguard it in the future, since good faith is presumed. Thus, the research seeks to discuss about these institutes of material and procedural law, observing the concern of the legislator in building a system in order to prevent the debtor from performing patrimonial dilapidation by damaging third parties and in predicting sanctions person who acts in a bad faith in the legal relationship.

Keywords: Execution. Asset liability. Fraud.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 considera, em seu artigo 4º, como fundamento do processo o direito de obter a solução integral do mérito, incluindo, nesta definição, a atividade satisfativa. A evolução do direito obrigacional fez com que o devedor não respondesse mais com o seu próprio corpo - através de penas corporais ou de sua redução à condição de escravo do seu credor - sendo agora o seu patrimônio quem responde pelas suas dívidas¹⁶⁶.

O processo executivo que visa a entrega do bem da vida tem como um dos princípios pilares o da responsabilidade patrimonial consagrado no artigo 789 do CPC/2015 em que o bem do devedor responde perante suas obrigações inadimplidas, conforme os limites estabelecidos na legislação, a exemplo da impenhorabilidade do bem de família. Assim, o devedor não poder dispor livremente de seus bens, pois embora estejam em sua propriedade seu patrimônio

¹⁶⁶ No Código Civil, essa garantia está disposta no art. 391: Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

responde independente de quando forem adquiridos, seja antes ou depois da obrigação realizada com o credor.

A responsabilidade patrimonial (ou responsabilidade executiva) seria, segundo a doutrina maciça o estado de sujeição do patrimônio do devedor, ou de terceiros responsáveis (cf. art. 790, CPC), às providências executivas voltadas à satisfação da prestação devida. (DIDIER JR; BRAGA; DE OLIVEIRA, 2017, p. 331).

Sendo assim o legislador preocupou-se em garantir a segurança jurídica ao credor quando realizasse negócios jurídicos, limitando a disponibilidade da massa patrimonial do devedor de modo a evitar a dilapidação patrimonial causando que podem causar danos irreversíveis ao credor. Assim, o sistema adotado no ordenamento jurídico brasileiro que limita a eficácia de alienação ou oneração praticados em fraude são: a fraude contra credores, instituto do direito material previsto no Código Civil de 2002, e a fraude à execução, instituto próprio do direito processual disposto no Código de Processo Civil de 2015.

Nessa senda, o presente trabalho tem como objetivo estudar o instituto da fraude à execução e seus pressupostos de configuração, bem como as hipóteses previstas na legislação, as implicações ao terceiro adquirente presente no negócio fraudulento e a distribuição do ônus da prova no processo executivo, para ser considerada ineficaz a transferência de bem, retornando a massa patrimonial do devedor e respondendo pela execução. Visa ainda fazer uma breve distinção do instituto da fraude contra credores que ocorre quando o devedor realiza a dilapidação patrimonial desembocando em sua insolvência, ou para adimplir dívidas já existentes acaba ampliando sua inadimplência.

1. FRAUDE CONTRA CREDITORES

A fraude contra credores, instituto regulado no Código Civil, nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 452),

[...] consiste no ato de alienação ou oneração de bens, assim como de remissão de dívida, praticado pelo devedor insolvente, ou à beira da insolvência, com o propósito de prejudicar credor preexistente, em virtude da diminuição experimentada pelo seu patrimônio.

Dois elementos são necessários para a caracterização da fraude contra credores. O primeiro, de ordem subjetiva, é o *consilium fraudis*, que consiste no conluio entre o devedor e o terceiro alienatário. Doutra banda, o segundo elemento, de ordem objetiva, é o *eventus damni*, isto é, o prejuízo causado ao credor pela perda do patrimônio do devedor insolvente. Gagliano e Pamplona Filho preleciona que parte considerável da doutrina entende que o *consilium fraudis* seria um elemento opcional, visto que a mera condição de insolvência do devedor já ensejaria a fraude, se verificado o *eventus damni*.

Na ação pauliana, destinada a desfazer o negócio jurídico caracterizador da fraude, o terceiro, estando ou não de boa-fé, tem legitimidade passiva quando adquire o bem a título gratuito. Por outro lado, se a alienação foi a título oneroso, o terceiro adquirente só terá legitimidade para figurar no polo passivo da lide quando agir de má-fé, onde o ônus da prova recai no credor.

2. FRAUDE À EXECUÇÃO

O instituto da fraude à execução prevista no Código de Processo Civil de 2015 tem o objetivo de impedir que o executado/devedor realize a dilapidação patrimonial, frustrando a execução e conseqüentemente ocasionando transtornos ao exequente/credor e ao Poder Judiciário. “A fraude à execução é manobra do devedor que causa dano não apenas ao credor (como na fraude pauliana), mas também à atividade jurisdicional executiva.” (DIDIER JR; BRAGA; DE OLIVEIRA, 2017, p. 388).

Nessa senda, o legislador teve a preocupação de ampliar o rol do artigo 792 do CPC/2015 buscando prever alguns atos de fraude à execução realizado pelo executado, *in verbis*:

Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:

I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;

II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828;

III - quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude;

IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;

V - nos demais casos expressos em lei.

§ 1º A alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente.

§ 2º No caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro adquirente tem o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem.

§ 3º Nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar.

§ 4º Antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias.

Verifica-se que o dispositivo legal apresenta um rol exemplificativo posto que os atos fraudulentos podem surgir no processo executivo de outras formas além das previstas. Esse instituto tipicamente processual e único no ordenamento jurídico brasileiro, visando tornar a alienação de bem ineficaz que poderá ser reconhecida no próprio processo executivo ou nos embargos de terceiro.

Por frustrar a atividade executiva, de forma mais acintosa, é combatida com contundência pelo legislador, que considera a alienação/onerção do bem para terceiro ineficaz para o exequente (CPC, art. 792, § 1º), sem necessidade de ação própria para neutralizar a eficácia do ato fraudulento. (DIDIER JR; BRAGA; DE OLIVEIRA, 2017, p. 388).

Na fraude à execução é exigido o elemento objetivo (*eventus damni*) a prova do dano causada ao exequente, isto é, a insolvência do executado que irá lesar o credor. No que se refere ao elemento subjetivo (*consilium fraudis*) a ciência do devedor em provocar sua insolvência não é necessária, pois diferente da fraude contra credores, a intenção fraudulenta é presumida na execução. Em caso de reconhecimento de fraude o terceiro adquirente poderá pleitear ação de regresso a fim de ser restituído e indenizado por perdas e danos suportados.

O entendimento doutrinário acerca do reconhecimento do ato fraudulento de ofício pelo magistrado vai no sentido de que antes este deverá intimar o terceiro para se quiser opor os embargos dentro do prazo legal, consagrando assim o princípio do contraditório e ampla defesa. Conforme disposto no § 4º do artigo 792 do CPC/2015: “antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias”.

Tal entendimento decorre da necessidade da prova de má-fé do terceiro adquirente no ato praticado, bem como que ele possa exercer o contraditório e comprovar a sua boa-fé. Assim, provada a boa-fé do terceiro no negócio jurídico não será considerado ineficaz o ato fraudulento.

[...] para considerar ineficazes os atos de disposição ou oneração, exige-se que o adquirente saiba da existência da ação ou apresente razões que demonstrem ser impossível ignorá-la, tais como o registro da ação perante o cartório de imóveis, ampla divulgação na imprensa etc. (NEVES, 2017, p. 1165).

Reforçando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça na súmula nº 375. “o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”. Entretanto o rol de fraude à execução foi ampliado podendo ser considerado o entendimento do tribunal parcialmente superado, pois deve-se incluir as modalidades de registro e averbação previstas nos demais incisos do artigo 792 do CPC/2015, e não apenas o registro da penhora.

Outrossim, “no caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro adquirente tem o ônus de provar que adotou as medidas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio vendedor.” (NEVES, 2017, p. 1166).

Como dito, preconiza o art. 792 do CPC/2015 alguma hipótese em que a alienação ou oneração de bem que é considerada fraude à execução, passa-se a analisar os respectivos incisos dispositivo legal: no inciso I consta “quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver” nessa hipótese não é necessária a comprovação de insolvência do devedor, porém,

[...] a regra não está em conformidade com o próprio CPC, pois ignora outra, mais ampla e completa, que é a do art. 109, que cuida da alienação ou do direito litigioso [...]. O art. 109 abrange o art. 792, I, pois vincula o terceiro adquirente/cessionário ao resultado do processo (qualquer processo), sem menção à natureza da ação em cujo processo se deu a transferência do bem (CPC, art. 109, § 3º). (DIDIER JR; BRAGA; DE OLIVEIRA, 2017, p. 388).

Em caso de não realização do registro o ônus será do exequente comprovar a má-fé do terceiro adquirente, isto é, de que ele tinha ciência de ação pendente (*scientia fraudis*), em razão da súmula 375 do STJ. No que se refere ao bem não sujeito a registro o ônus será do terceiro, momento este que deverá demonstrar que tomou as medidas necessárias para adquirir o bem e que não tinha como saber a existência de registro de ação pendente gravada sobre o bem.

No inciso II “quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828” depreende-se que o legislador considerou como presunção absoluta de fraude, tal fato se deve, pois, nesse caso a execução foi acolhida em juízo e realizado o registro da execução no bem alienado. Note-se que ainda que o devedor não tenha sido devidamente citado, restará caracterizada a fraude, pois foi averbada execução no registro do bem, isto é, o ato tornou-se público e de conhecimento de todos. “Os pressupostos objetivos são: ato de disposição + pendência de um processo de execução contra o devedor + juízo de admissibilidade positivo + averbação da pendência deste processo na matrícula do bem”. (DIDIER JR; BRAGA; DE OLIVEIRA, 2017, p. 398).

No tocante ao inciso III “quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude” aqui o bem já se encontra vinculado ao processo executivo ou futura execução, não podendo o devedor dispor livremente desse bem, uma vez que já está servindo de garantia. Sendo assim, o ato de constrição do bem deve tornar-se público a fim de evitar a fraude nessa hipótese. É válido frisar que “o bem está preso, vinculado à presente ou posterior execução, e o gravame que pesa sobre ele vai perdurar e persegui-lo nas mãos de quem quer que seja, pouco importando

que o devedor esteja ou não em estado de insolvência” (DIDIER JR; BRAGA; DE OLIVEIRA, 2017, p. 401). Ao se tratar de bem não sujeito a registro aplica-se a regra do inciso I, sendo ônus do terceiro adquirente provar a boa-fé no negócio jurídico.

No que se refere ao inciso IV “quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência” percebe-se que o instrumento normativo teve a cautela de resguardar o direito de crédito, por isso os atos praticados pelo devedor após a citação serão considerados fraudulentos se o levarem a insolvência. Também serão presumidos fraudulentos os atos praticados de alienação/ oneração quando já houve registro da execução no bem.

Os pressupostos são i) exigência de que o ato seja danoso, apto a reduzi-lo à insolvência (*eventus damni*), e ii) que tenha sido praticado na pendência de uma ação contra o devedor (litispendência) que pode ser condenatória, cautelar, penal, arbitral, probatória autônoma etc.; não há fraude na iminência de processo, só na pendência. (DIDIER JR; BRAGA; DE OLIVEIRA, 2017, p. 392).

O ato fraudulento será evidente quando praticado entre o fim da fase de conhecimento e o começo da fase de cumprimento de sentença, desde que demonstrada a insolvência (*eventus damni*) do devedor e o credor evidencie que não há outros bens passíveis de penhora ou que os existentes não serão suficientes para garantir o valor da dívida exequenda.

Se o estado de insolvência foi instalado e gradualmente agravado por mais e mais reduções patrimoniais, o reconhecimento de fraude deve dar-se da ordem inversa e regredir progressivamente do bem cuja alienação foi mais recente àquele cuja alienação foi mais remota. (CASTRO, p. 88, apud DIDIER JR; BRAGA; DE OLIVEIRA, 2017, p. 396).

Compreende-se com a leitura do inciso IV do dispositivo legal que o ato praticado em fraude será ineficaz em relação ao exequente, porém válido e eficaz entre o devedor alienante e o terceiro adquirente. Conforme o § 1º, artigo 792, CPC/2015 “a alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente”.

Registre-se ainda o disposto no inciso V “nos demais casos expressos em lei” o legislador se refere aos casos de fraude na execução fiscal (artigo 185, CTN), Lei nº 8.009/90 (artigo 4º), entre outros.

Outro ponto interessante a discutir seria a configuração da fraude à execução quando em um caso hipotético em processo de execução de título executivo extrajudicial o executado depositar trinta por cento do valor da dívida e parcela em até seis vezes o valor restante, entende-se que aqui ainda não foi realizada nenhuma constrição patrimonial, pois nos embargos o próprio executado reconheceu a exigibilidade do direito de crédito exequendo e realiza o parcelamento (previsto no artigo 916 do CPC/2015). Se o executado realizar alienação de seus bens de modo a levá-lo à insolvência e não adimple mais o parcelamento realizado nos autos da execução do título executivo extrajudicial estaria caracterizada a fraude à execução? Entende-se que sim, pois o princípio da responsabilidade patrimonial – consagra

que os bens do devedor presente e futuros respondem pela obrigação, com previsão legal no artigo 789 do CPC/2015 – e em consonância com os elementos da fraude à execução é válido lembrar que o elemento indispensável é o *eventus damni* a prova do dano e a intenção de fraude é presumida. Essa conclusão se reforça quando provado o dano causado ao exequente, configurando a fraude à execução, pois o devedor pode adotar quaisquer medidas que mascarem seus atos fraudulentos e que podem acarretar lesões ao credor. Na hipótese retratada indaga-se como se encaixaria o terceiro adquirente se comprovasse a sua boa-fé no negócio jurídico – uma vez que o bem alienado/onerado não tinha registro de ação pendente. Não haveria ineficácia do ato fraudulento? Sua boa-fé deveria ser resguardada? Conclui-se que nesse caso deve-se levar em consideração que o executado se utilizará de todas as formas possíveis que permitam a prática de atos fraudulentos que muitas vezes só poderão ser reconhecidos futuramente pelo credor. Assim em conformidade com o princípio da boa-fé, da responsabilidade patrimonial e o direito de crédito do exequente deve ser considerada ineficaz em relação ao credor/exequente a alienação ou oneração de bem realizada pelo devedor/executado, sendo, portanto, reconhecida a fraude à execução e retornando o bem a esfera patrimonial dele. Caso contrário não haveria sentido a existência do instituto da fraude à execução no ordenamento brasileiro se o devedor pudesse sempre se utilizar artifícios que desviasse da finalidade da execução – a entrega do bem da vida, o direito de crédito do exequente – saindo impune.

Considerando a disposição do art. 792, inciso IV do CPC/2015 e o entendimento doutrinário “não se exige a intenção ou ciência da fraude pelo próprio devedor-executado-alienante: há presunção absoluta de que sabia não poder movimentar seu patrimônio nessas circunstâncias. DIDIER JR; BRAGA; DE OLIVEIRA, 2017, p. 396). Entende-se que este inciso se aplica a esta hipótese, pois o executado sabe quais atos o levarão a insolvência, desembocando na frustração da execução, sendo possível presumir a sua má-fé quando realizou a alienação ou oneração. Dessa forma, o terceiro adquirente poderá ingressar com ação de regresso contra o alienante, na execução devedor, pedindo reparação por perdas e danos sofridos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A boa-fé é princípio corolário no direito brasileiro, pois faz-se necessário que os atos da vida civil sejam regrados por lealdade, caso contrário não haverá mais segurança. Dessa forma, o legislador visando punir atos que atentem contra a boa-fé estabeleceu a fraude contra credores no direito material a fim de proteger o credor de boa-fé ao pactuar o negócio jurídico, resguardando seu direito de crédito em razão da obrigação inadimplida.

Observa-se ainda que a fraude à execução se aplica sempre que o devedor integrante do polo passivo da demanda realiza a alienação ou oneração de bem por meio de atos fraudulentos, frustrando a execução e por tal motivo, o legislador pune com mais severidade, pois causa danos não apenas ao exequente, como também ao Poder Judiciário.

O Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu um rol exemplificativo de fraude à execução que poderão ser arguidos pelo exequente no processo executivo de modo que seja considerado ineficaz a alienação, entretanto o exequente deverá comprovar nos autos que o ato praticado levou a insolvência do executado, impedindo a entrega do bem da vida na execução. No que se refere ao terceiro adquirente este poderá se defender por meio de embargos de terceiro para comprovar estava de boa-fé no negócio jurídico realizado.

Em suma o reconhecimento de fraude à execução incidentalmente no processo executivo ou nos embargos de terceiro, terá caráter declaratório com efeito *ex tunc*, retornando o bem a esfera patrimonial do executado para responder pela execução. Logo, o terceiro adquirente poderá ingressar com ação de perdas e danos contra o alienante, ora devedor/executado, a fim de que seja reparado de eventuais danos sofridos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. CÓDIGO CIVIL. BRASÍLIA, DF, 11 JAN. 2002. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/2002/L10406.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). ACESSO EM: 08 DEZ. 2018.

_____. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. BRASÍLIA, DF, 17 MAR. 2015. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2015-2018/2015/LEI/L13105.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm). ACESSO EM: 15 NOV. 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA SÚMULA Nº 375. O RECONHECIMENTO DA FRAUDE À EXECUÇÃO DEPENDE DO REGISTRO DA PENHORA DO BEM ALIENADO OU DA PROVA DE MÁ-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE. DISPONÍVEL EM: [<HTTPS://WW2.STJ.JUS.BR/DOCS_INTERNET/REVISTA/ELETRONICA/STJ-REVISTA-SUMULAS-2013_33_CAPSUMULA375.PDF>](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2013_33_capsumula375.pdf). ACESSO EM: 11 DE DEZ. DE 2018.

DIDIER JR, FREDIE; DA CUNHA, LEONARDO CARNEIRO, BRAGA, PAULA SARNO; DE OLIVEIRA, RAFAEL ALEXANDRIA. CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: EXECUÇÃO. 7. ED. REV. AMPL. E ATUAL., VOL. 5 - SALVADOR: ED. JUSPODIVM, 2017.

GAGLIANO, PABLO STOLZE; PAMPLONA FILHO, RODOLFO. NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL: PARTE GERAL. 19.ED. – SÃO PAULO: ED. SARAIVA, 2017. V. 1.

NEVES, DANIEL AMORIM ASSUMPTÃO. MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: VOLUME ÚNICO. 9. ED. SALVADOR: ED. JUSPODIVM, 2017.

AS MEDIDAS ESTRUTURANTES COMO FERRAMENTA DE EFETIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Tâmara Suelen Brasil dos Santos¹⁶⁷

Ana Paula de Melo Cahu Belfort¹⁶⁸

RESUMO: O direito processual civil brasileiro permanece com a sedimentada delimitação normativa, idealizada na bipolarização da lide, na qual tem-se um sujeito suscitando uma pretensão de um lado e outro resistindo opostamente. Depreende-se, portanto, uma relação processual com dois extremos, ou seja, duas partes que lutam pela procedência e improcedência, restando ao juiz escolhido perdedor e o vencedor. Ademais, atente-se para o princípio da adstrição ou demanda, consagrado no artigo 492, do CPC, o qual vincula o órgão jurisdicional a conferir a decisão nos limites do que foi pedido pelo autor, restando o mesmo vinculado ao pleito, ainda que para o juiz a opção mais efetiva e eficaz não se encontre entre elas. Não se pode esquecer, sobremaneira, que não raros são os litígios de natureza complexa, que possuem repercussão social, que atingem política pública, direitos humanos, ligados à tutela coletiva de interesses ou direitos difusos, ditos litígios estruturais e, que, por isso, clamam não apenas por um pronunciamento judicial, mas pela efetivação do mesmo. Para tanto, o julgador deve debruçar-se não apenas nas partes da relação processual sob julgamento, mas deve manter um olhar atento para o âmago estrutural da demanda, pautando-se nos amplos valores da sociedade e nos diversos interesses jurídicos de terceiros que são atingidos. Desta forma, ao exercer a sua função jurisdicional, imprescindível que nas decisões sejam impostas medidas gradativas, flexíveis, capazes de atender à efetividade judicial, o acesso à justiça, a realidade social e não apenas aos anseios das partes. Assim, o presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade de o instituto das *Structural Injections* ou Medidas Estruturantes, figurar como ferramenta de efetivação das sentenças judiciais prolatadas, uma vez que, o referido instrumento tem o condão de definir diretrizes práticas a serem executadas para que a pretensão corroborada pela decisão seja efetivada e, assim, satisfazer de forma palpável a pretensão da parte. Para a efetivação da análise proposta por este artigo, foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica e doutrinária, a qual inclui livros, revistas e artigos que tratam a respeito da referida temática. De modo que, a referida análise nos levou a concluir que o instituto das *Structural Injections* ou Medidas

¹⁶⁷Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário Maurício de Nassau. tâmara.sbrasil@gmail.com

¹⁶⁸Especialista em Direito Público (Universidade do Planalto Central). Advogada e Professora do curso de Direito do Centro Universitário Maurício de Nassau e de cursos preparatórios para concursos e OAB. ap.belfort@gmail.com

Estruturantes, apresenta-se como uma poderosa ferramenta para proporcionar a efetivação das decisões judiciais proferidas, ao passo que, também, apresenta-se como, dentre tantos outros, meio condutor para que o Direito Processual Civil se torne também um instrumento de modificação social.

Palavras-chave: Medidas estruturantes. Efetivação das decisões judiciais. Direito processual civil.

ABSTRACT: Brazilian civil procedural law remains with the sedimented normative delimitation, idealized in the bipolarization of conflict, in which one has a subject provoking a pretension of one side and another resisting oppositely. Therefore, a procedural relationship with two extremes, that is, two parties that fight for the origin and dismissal, remaining to the judge choosing the loser and the winner. In addition, be aware of the principle of compulsion or demand, enshrined in Article 492 of the Brazilian CPC, (Civil Procedural Law), which binds the court to grant the decision within the limits of what was requested by the author, remaining the same as the claim, although for the judge the most effective and effective option is not between them. It should not be forgotten, however, that not infrequently are complex litigation involving social repercussions, such as public policy, human rights, collective litigation of interests or diffuse rights, structural litigation and, therefore, claim not only for a judicial pronouncement, but for the effectiveness of it. To this end, the judge must not only deal with the parts of the procedural relationship under trial, but must keep a close eye on the structural core of the demand, based on the broad values of society and the various legal interests of third parties that are affected. Thus, in exercising its jurisdictional function, it is essential that in decisions be imposed gradual measures, flexible, capable of attending to judicial effectiveness, access to justice, social reality and not only to the wishes of the parties. The purpose of this study is to analyze the possibility of the Structural Injections or Structural Measures institute, to be a tool for effective judicial sentences, since the said instrument has the power to define practical guidelines to be executed so that the claim corroborated by the decision is effective and, thus, to satisfy palpably the claim of the party. In order to carry out the analysis proposed by this article, a method of bibliographical and doctrinal research was used, which includes books, journals and articles that deal with this topic. Thus, this analysis has led us to conclude that the Institute of Structural Injections presents itself as a powerful tool to provide effective judicial decisions, while it also presents itself as, among many others, medium driver for Brazilian Civil Procedural Law to become an instrument of social change.

Keywords: *Structural Injections*. Effect of Judicial Decisions. Civil Procedural Law.

INTRODUÇÃO

O modelo de conflito com que o Direito Processual Civil está familiarizado vem ao longo dos anos sofrendo várias modificações, de modo que, em decorrência da evolução das características que motivam o surgimento do processo em nossa sociedade, as particularidades predominantes que permeiam a lide também foram modificadas.

Assim, as formas contemporâneas de conflitos de natureza complexa, que possuem repercussão social, que atingem políticas públicas, direitos humanos ou que possam estar ligados à tutela coletiva de interesses ou direitos difusos, concebidos como litígios estruturais, passaram a requerer uma maior atuação do juiz na construção de uma decisão que garanta a efetividade judicial e adequação real. Porém, para tanto, o juiz necessita valer-se de instrumentos e ferramentas capazes de proporcionar esta efetividade.

Compreendemos que as chamadas Medidas Estruturantes ou Decisões Estruturantes podem figurar como um poderoso instrumento de colaboração para que se possa solucionar o problema que ainda é enfrentado pelo nosso sistema jurídico, qual seja, a baixa efetividade das decisões prolatadas.

Destarte, o presente trabalho foi dividido em três capítulos, onde no primeiro capítulo optamos por trabalhar o problema da efetividade das decisões proferidas no ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de corroborar o nosso entendimento de que as Medidas Estruturantes se apresentam como uma ferramenta capaz de auxiliar no provimento de tal efetividade. Já no segundo capítulo serão apresentadas e conceituadas as Medidas Estruturantes discorrendo sobre o seu surgimento sobre sua utilização e a sua introdução ao ordenamento jurídico brasileiro. No terceiro capítulo serão trabalhadas as Medidas Estruturantes como ferramenta de efetivação das decisões judiciais, ou seja, neste capítulo será sintetizada a problemática do presente estudo, apresentando como tal ferramenta pode ser utilizada, além de quais situações demandam a utilização deste instituto.

1. O PROBLEMA DA INEFICÁCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS

A possibilidade de acesso ao poder judiciário vem ao longo dos anos sendo bastante ampliado, ao passo que, toda a sociedade tem o direito de ingressar na justiça em busca de atingir suas pretensões.

Porém, sabe-se que um dos grandes problemas enfrentados atualmente no ordenamento jurídico brasileiro ainda é a questão da ineficácia das decisões prolatadas, de modo que, além de enfrentar um longo processo em busca de uma decisão favorável, a parte ainda terá que perseguir a efetivação da decisão proferida mesmo tratando-se de uma cognição exauriente.

O problema se torna maior quando se trata de litígios tidos como complexos, quer seja pela matéria tratada, quer seja pela sua abrangência¹⁶⁹, uma vez que, essa espécie de conflitos requerer um maior alcance das decisões proferidas em seu curso.

Trata-se daquelas situações em que o litígio decorrente da lesão afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, na mesma medida, pelo resultado do litígio, o que faz com que suas visões acerca de seu resultado desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas. Essas situações dão ensejo a conflitos mutáveis, multipolares, opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio. (VITORELLI, 2016, p. 521).

O que na maioria das vezes não acontece, posto que o órgão jurisdicional encontra-se vinculado a conferir a decisão nos limites do que foi pedido pelo autor em decorrência do princípio da adstrição ou demanda, expresso no artigo 492 do CPC, estando, assim, o mesmo, vinculado ao pleito, ainda que para ele a opção mais efetiva e eficaz não se encontre entre elas.

[...] por princípio da adstrição entenda-se aquele ditame delimitador da atividade do órgão judiciário em relação ao pedido, compreendido este também como mérito, já que a sentença não pode descarrilar, nem parar no caminho, nem ir além da via traçada pela vontade do jurisdicionado. (OLIVEIRA, 2004, p. 127).

Ressalte-se que a ausência de flexibilidade ofertada ao órgão jurisdicional gera uma grande ineficácia das decisões proferidas, o que leva o juiz a decidir de acordo com o pedido do autor, mesmo estando consciente de que nenhuma das opções trazidas nos pedidos se apresenta como a mais adequada ou a mais correta.

Sabe-se que o referido princípio tem a função de impedir exageros por parte do magistrado e assim garantir a segurança jurídica das partes, o que é de extrema importância para o regular desenvolvimento do processo e para a preservação das garantias constitucionais.

Entretanto, de forma reflexa, tal vinculação impede que o órgão jurisdicional possa prestar uma tutela efetiva e adequada.

O que nos leva a atentar para as ferramentas que podem ser utilizadas para solucionar ou mesmo amenizar o problema da ineficácia das decisões proferidas, sendo uma dessas ferramentas, a qual se mostra bastante adequada e que já é utilizada em nosso ordenamento jurídico, mesmo que de forma muito incipiente, as Medidas Estruturantes, as quais serão trabalhadas mais adiante.

¹⁶⁹As chamadas “**Demandas de massa**” ou “**Demandas repetitivas**” são termos jurídicos que correspondem a um conjunto significativo de ações judiciais cujo objeto e razão de ajuizamento são comuns.

2. AS MEDIDAS ESTRUTURANTES

Compreende-se ser bastante complexo definir um conceito sistematizado do instituto das Medidas Estruturantes, uma vez que, se trata de uma ferramenta que surgiu nos Estados Unidos entre as décadas de 1950 e 1970, no julgamento do caso *Brown vs. Board of Education*, no qual a suprema corte americana entende que a inadmissão de estudantes em escolas públicas, com base no sistema de segregação racial é inconstitucional.

[...] Um litígio estruturante inicial ocorreu em 1954, com o caso Brown vs. Board of Education of Topeka. A Suprema Corte norte-americana entendeu que era inconstitucional a admissão de estudantes em escolas públicas americanas com base num sistema de segregação racial. Ao determinar a aceitação da matrícula de estudantes negros numa escola pública até então dedicada à educação de pessoas brancas, a Suprema Corte deu início a um processo amplo de mudança do sistema público de educação naquele país [...]
(Didier, Zaneti, 2017, p. 48).

Nesse diapasão, como bem expressam Didier e Zaneti Junior (2017), o conceito que ainda se utiliza é bastante “pragmático”. Dessa forma, partindo da mesma linha de raciocínio utilizada pelos referidos autores, compreende-se o instituto das Decisões Estruturantes (*structuralinjunction*) como sendo uma forma de decidir na qual o juiz busca proporcionar a efetividade ampla da decisão devendo, para tanto, a mesma estar atrelada a uma modificação estrutural ou organizacional de um ente ou instituição.

Sendo o seu intuito principal, proporcionar a efetivação de direitos e garantias fundamentais, viabilizar a concretização de políticas públicas existentes ou mesmo solucionar litígios considerados complexos. De modo que, entende-se necessária para utilização desta ferramenta, a existência de ameaça ou lesão a direitos e garantias constitucionais.

[...] ao se utilizar desse instituto, as decisões poderão promover a substancial alteração do panorama existente, garantindo no futuro a reestruturação das instituições envolvidas, alcançando assim a efetividade esperada. instituto, as decisões poderão promover a substancial alteração do panorama existente, garantindo no futuro a reestruturação das instituições envolvidas, alcançando assim a efetividade esperada. (MORAIS, 2017, p. 65).

Uma vez que, pela relevância da questão, o órgão jurisdicional não pode se limitar a preferir apenas uma decisão sem se atentar para a sua efetividade, sua adequação e quaisquer fatos decorrentes de sua determinação, sendo necessária para tanto, uma visão ampla da questão e das suas consequências reflexas, o que é extremamente viável por meio da utilização das Medidas Estruturantes.

A utilização desse instituto no direito brasileiro é viabilizada pela combinação do artigo 536, §1º e artigo 139, IV, ambos do CPC, os quais autorizam o órgão jurisdicional a determinar as medidas necessárias para o cumprimento das decisões. Como bem explicam os professores Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Junior (2017) “os dispositivos são cláusulas gerais executivas, das quais decorre para o órgão julgador o poder de promover a execução de suas decisões por medidas atípicas”.

3. MEDIDAS ESTRUTURANTES COMO FERRAMENTA DE EFETIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.

Algo que nos é bastante familiar é o problema da ineficácia das decisões judiciais proferidas em nosso ordenamento jurídico, desta forma, com a intenção de superar tal empecilho, alguns instrumentos foram sendo desenvolvidos e outros, como é o caso das medidas estruturantes ou *structuralinjunction*, foram trazidos de outro ordenamento jurídico.

Importante mencionar que os princípios constitucionais, alicerces do processo civil, como a inafastabilidade do poder jurisdicional, o contraditório, a dignidade da pessoa humana, a eficácia, dentre outros, torna-se, não raras as vezes, meras formalidades procedimentais observadas, sem, contudo, ter a decisão judicial alcançado o seu maior objetivo, qual seja, a plena efetivação do que foi prolatado pelo poder judiciário.

Constata-se, assim, que não basta um ordenamento processual voltado para regras e princípios procedimentais com o fito de se conseguir uma decisão de mérito, mas, sobremaneira, precisa-se de normas voltadas para a atuação do Poder Judiciário de maneira eficaz, efetiva.

Senão vejamos, em casos complexos envolvendo o direito privado ou em demandas que atinjam a política pública, o meio ambiente, litígios coletivos, dentre outros, imprescindível se faz que o pronunciamento judicial seja justo e efetivo. Para tanto, tem-se as Medidas Estruturantes, advindas dos Estados Unidos da América.

Isso porque, as mencionadas medidas nada mais são do que instrumentos que viabilizam a justiça e a efetivação ao proporcionar ao julgador uma maior flexibilidade para criar a decisão que melhor se adequa à resolução do caso em análise.

Percebe-se, claramente, que, para haver esta maior autonomia, necessário se faz atenuar o princípio da adstrição, que vincula o julgador ao que foi pedido pelo autor.

Esclareça-se que tal princípio vislumbra a segurança jurídica ao atrelar o magistrado ao que foi objeto do pleito.

No entanto, esse enrijecimento traz como consequência pronunciamentos fundamentados, lindos, bem redigidos, mas completamente marginalizados no tocante à efetivação, pois a medida certa nem sempre se encontra na procedência ou improcedência, total ou parcial do pedido autoral.

A depender do conflito, faz-se mister uma via adjacente, ou seja, uma decisão estabelecendo um caminho distinto do que foi pedido, mas que almeja, acima de tudo a concessão de uma prestação jurisdicional justa e efetiva, que será devidamente cumprida sem trazer maiores prejuízos para os envolvidos e os terceiros.

Dessa forma, o julgador estaria autorizado a proferir decisões com efeitos modulares, gradativas, em cadeia, possibilitando, assim, tutelar o direito em questão da forma mais benéfica para todos. Afinal, esse é o papel do Poder Judiciário.

Indaga-se o que vem a ser política pública, a qual se sujeita às medidas estruturantes.

Política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam a realização dos fins primordiais do Estado (WATTANABE, 2013, p. 216).

Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao permitir o controle do Poder Judiciário nos atos de política pública.

põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional. (ADPF n. 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.05.2004, p. 12).

Ademais, bem se posiciona docente Viviana Bianconi, ao se debruçar sobre o controle jurisdicional de políticas públicas.

É de se sublinhar o entendimento majoritário de nossa Suprema Corte, partindo-se do pressuposto de que o judiciário já colaborou muito para a implantação indireta de uma série de políticas públicas e direitos sociais que na maioria das vezes não foram implantadas e nem sequer planejadas pelo Poder Executivo, sendo que tal ativismo judicial é inerente a sua conduta no processo e ocorre sempre quando colocado em conflito com a obrigação que o administrador tem em dar cumprimento ao mandado judicial, independente da utilização ou não da reserva do possível ou até mesmo da vinculação de um ato discricionário em que o administrador público se submeta, o judiciário tem dever de interferir para garantir e preservar os direitos de todos os cidadãos, não podendo se falar aí de interferência em Poderes, mas sim da necessidade de harmonia entre os mesmos. (BIANCONI, 2017, p. 22).

Frise-se que, para a implementação das medidas estruturantes, como instrumento de aperfeiçoamento da tutela jurisdicional, torna-se fundamental uma estrutura de fiscalização, impedindo, inclusive, os magistrados de cometerem abusos e excessos.

Por oportuno, esclareça-se que tais medidas estruturantes só devem ser perquiridas em último caso, quando a efetivação da demanda realmente a exigir. Caso contrário, deve-se utilizar os meios, normas e pronunciamentos tradicionais.

Por fim, esclareça-se que a doutrina nacional ainda não se debruçou de forma contundente e suficiente sobre o tema em questão, a saber, medidas estruturantes, o que se faz imprescindível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos perceber que se faz necessário que haja uma maior utilização das Medidas Estruturantes no ordenamento jurídico pátrio, posto que, é uma ferramenta que vai além de meras expectativas possuindo um alto grau de eficiência no campo prático.

O que possibilita que os sujeitos processuais tenham acesso não apenas a decisões, mas também a um conjunto de instrumentos capazes de proporcionar uma efetivação real de tais decisões, porquanto, não basta que seja proferida uma decisão, sendo fundamental a sua efetivação para que a garantia do direito seja alcançada.

E assim promovendo mudanças sociais por meio do processo, de modo que, o instrumento das Medidas Estruturantes apresenta-se como, dentre tantos outros, meio condutor para que o Direito Processual Civil torne-se também um instrumento de modificação social e efetivação de direitos constitucionais.

Por fim, diante deste estudo podemos concluir que ainda existe um grande caminho a ser percorrido pelos doutrinadores e estudiosos na construção de estudos que demonstrem a necessidade de uma postura mais proativa do julgador para que este busque ter uma visão mais ampliada do conflito.

E conseqüentemente possa avaliar quais as soluções mais adequadas para o caso submetido a sua apreciação o que pode ser feito por meio da utilização das Structural Injections ou Medidas Estruturantes.

REFERÊNCIAS

ARENHART, SÉRGIO CRUZ. DECISÕES ESTRUTURASIS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO. REVISTA DE PROCESSO, SÃO PAULO, ANO 38, V. 225, 2013.

DIDIER JR, FREDIE; ZANETI JR, HERMES. NOTAS SOBRE AS DECISÕES ESTRUTURANTES. CIVIL PROCEDURE REVIEW, v.8, n.1: 46-64, JAN./APR, 2017.

HUMBERTO, DALLA; CÔRTEZ, VICTOR AUGUSTO PASSOS VILLANI. AS MEDIDAS ESTRUTURANTES E A EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. RIO DE JANEIRO. REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO PROCESSUAL – REDP, V. 13, N. 13, 2014. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.E-PUBLICACOES.UERJ.BR/INDEX.PHP/REDP/ARTICLE/VIEW/11920/9333](https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11920/9333).

JOBIM, MARCO FELIX. “A PREVISÃO DAS MEDIDAS ESTRUTURANTES NO ARTIGO 139, IV, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO”. REPERCUSSÕES DO NOVO CPC – PROCESSO COLETIVO. HERMES ZANETI JR. (COORD.). SALVADOR: EDITORA JUSPODIVM, 2016

MORAIS, POLLIANA CORRÊA. A UTILIZAÇÃO DE MEDIDAS ESTRUTURANTES PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UM ESTUDO DE CASO. UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS. 2017.

OLIVEIRA, VALLISNEY DE SOUZA. NULIDADE DA SENTENÇA E O PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. SÃO PAULO: SARAIVA. 2004.

OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE. O PROBLEMA DA EFICÁCIA DA SENTENÇA*. RIO GRANDE DO SUL, REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS, N. 24, 2004.

ROSSETTI, CAIO CARVALHO; SECO, ANDRÉA. O NOVO CPC E AS INOVAÇÕES PARA A EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS. DISPONÍVEL EM: O NOVO CPC E AS INOVAÇÕES PARA A EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS. ACESSO EM: 17 NOV. 2018.

MOTTA FILHO, NESTOR MAURICIO; BIANCONI, VIVIANA. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.MIGALHAS.COM.BR/ARQUIVOS/2017/6/ART20170626-06.PDF](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/6/art20170626-06.pdf). ACESSO EM: 26 DEZ. 2018.

SANTOS, SANDRO DE REZENDE. A NOVA PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA ADSTRICÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONTEUDOJURIDICO, BRASÍLIA-DF: 29 OUT. 2010. DISPONIVEL EM: [HTTP://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR/?ARTIGOS&VER=2.29489&SEO=1](http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29489&seo=1). ACESSO EM: 22 DEZ. 2018.

VITORELLI, EDILSON. O DEVIDO PROCESSO LEGAL COLETIVO: DOS DIREITOS AOS LITÍGIOS COLETIVOS. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2016.

WAMBIER, LUIZ RODRIGUES E TERESA ARRUDA ALVIM, MEDINA, JOSÉ MIGUEL GARCIA. BREVES COMENTÁRIOS À NOVA SISTEMÁTICA PROCESSUAL CIVIL. 3 ED. SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS. 2005.

WATANABE, K. CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS – “MÍNIMO EXISTENCIAL” E DEMAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS IMEDIATAMENTE JUDICIALIZÁVEIS. IN: GRINOVER, A. P.; _____ (ORG.) O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. 2. ED. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2013.

CLÁUSULA GERAL DE ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS NAS OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS: ANÁLISE À LUZ DA DOCTRINA E JULGADOS DO STJ

José Augusto das Chagas Neto (Bacharelado em Direito/FADIC) 170

Resumo: Tradicionalmente nas execuções que tenham como objeto uma obrigação pecuniária utiliza-se da execução direta, na qual o Estado se sub-roga no lugar do devedor e realiza ato que o caberia com vistas a satisfazer o credor, produzindo um resultado idêntico àquele se tivesse sido cumprida espontaneamente a obrigação. Com efeito, o Estado constrange o patrimônio do devedor retirando-o bens suficientes para satisfazer o crédito. De forma diversa a execução indireta - ou por coerção, trata-se do emprego de mecanismos com o fim de compelir o próprio devedor a realizar os atos necessários à satisfação da obrigação. Assim, pressionado psicologicamente, o devedor realiza o ato satisfativo em benefício do credor de forma voluntária, pois advém de sua própria vontade, contudo, não espontânea, considerando, que apenas foi realizada como efeito da coerção estatal. Essa técnica de execução, em regra, não era admitida nas execuções de pagar quantia certa sob a égide do Código de Processo Civil (CPC) de 1973, exemplo disso é a aplicação de *astreintes* que embora parte da doutrina compreende-se ser possível mesmo nas execuções de obrigação pecuniária, a jurisprudência era consolidada em sentido contrário. Contudo as formas executivas indiretas eram utilizadas ou permitidas para os demais tipos de obrigações, inclusive com previsão a partir de alterações legislativas da aplicação de cláusula geral de atipicidade para execuções cujo objeto fosse o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer e entrega de coisa. É, então, com entrada em vigor do CPC/2015 que ocorre uma ampliação da cláusula geral de atipicidade dos meios executivos também para as execuções de obrigação pecuniária, fazendo surgir diversas decisões coercitivas atípicas que causaram estranhezas aos mais atentos, como exemplo a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação ou ainda a apreensão de Passaporte. A propósito, o Art. 139, inciso IV do CPC/2015 prevê: "O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária". Diante do exposto alguns começaram a questionar, quais seriam os limites para as medidas que os juízes podem adotar. A doutrina e a jurisprudência pátria se dividem sobre o tema. Enquanto alguns entendem que as medidas

¹⁷⁰ Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC). E-mail: j.augustochagas@gmail.com

determinadas devem ter necessariamente o caráter patrimonial, sob pena de caracterizar violação do princípio da patrimonialidade da execução; há ainda, aqueles que consideram tais medidas inadmissíveis, por ofenderem a direitos fundamentais; contudo, outros defendem a aplicação das medidas previstas no referido dispositivo, com vistas à efetividade da execução. O objetivo do presente trabalho é exatamente investigar o posicionamento da doutrina e jurisprudência sobre o tema, inclusive, sob a luz de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Efetividade. Patrimonialidade. Execuções. Medidas atípicas. Apreensão de passaporte.

Abstract: Traditionally in executions which have a pecuniary obligation as their object, direct execution is used, in which the State subscribes instead of the debtor and performs an act that would fit him in order to satisfy the creditor, producing the same result as if had been spontaneously fulfilled the obligation. In effect, the State constrains the assets of the debtor by withdrawing sufficient assets to satisfy the credit. In a different way, indirect execution - or by coercion -, it's the use of mechanisms in order to compel the debtor himself to perform the acts necessary to satisfy the obligation. Thus, psychologically pressed, the debtor performs the satisfying act on the creditor's behalf voluntarily, because it comes from his own will, however, not spontaneous, considering that it was only realized as an effect of state coercion. This technique of execution, as a rule, was not allowed in executions to pay certain amount under the aegis of the 1973's Código de Processo Civil (CPC), an example of which is the application of astreintes that although part of the doctrine is understood to be possible even in executions of pecuniary obligation, jurisprudence was consolidated in the opposite direction. However, indirect executive forms were used or allowed for the other types of obligations, including with anticipation from legislative changes of the application of general clause of atypicality for executions whose object was the fulfillment of obligations to do or not do and delivery of thing. It's then with the entry into force of the 2015's CPC that there is an extension of the general clause of atypicality of executive means also for the execution of pecuniary obligation, giving rise to several atypical coercive decisions that caused strangeness to the most attentive, as an example the suspension of the National Driver's License or the seizure of a Passport. Article 139, item IV of 2015's CPC provides: "The judge shall direct the proceeding in accordance with the provisions of this Code, which shall be responsible for: determining all inductive, coercive, mandatory or subrogatory necessary ways to ensure compliance of judicial order, including in actions that have the purpose of pecuniary benefit ". In the light of the above explained, some have begun questioning, what would be the limits to the means which judges can adopt. The country's doctrine and jurisprudence are divided on the subject. While some

understand that the means determined must necessarily have a patrimonial character, otherwise it will be a violation of the principle of patrimoniality of execution; there are also those who consider such measures inadmissible because they infringe fundamental rights; however, others argue for the implementation of the measures provided for in that provision, with a view to the effectiveness of implementation. The objective of this very work is to investigate the doctrine and jurisprudence's position about the subject, including, in the light of some judgments of the Superior Court of Justice.

Keywords: Effectiveness. Patrimoniality. Executions. Atypical measures. Seizure of passport.

INTRODUÇÃO

Nas demandas satisfativas pecuniárias, tradicionalmente, apenas seria possível utilizar as medidas expressamente previstas em lei, pensamento que se manteve em vigor por um bom tempo, e decorre da influência de valores liberais, ao passo que a delimitação da atuação do juiz, representaria cânones de garantia ao cidadão.

Ocorre que, as medidas trazidas pelo texto legal quando objeto se tratava de obrigação pecuniária se caracterizavam por serem de execução direta ou também chamadas subrogatórias, nas quais o Estado em substituição ao devedor pratica o ato que o caberia com vistas à satisfação do credor, nesse caso, especificamente promovendo a expropriação do patrimônio daquele para o pagamento do crédito devido, independentemente de sua atuação. Por exemplo, nos casos de realização de penhora eletrônica de ativos financeiros, que uma vez constrictos serão utilizados para satisfação do credor.

De outro giro, a execução indireta - ou por coerção, se caracteriza pelo emprego de mecanismos coercitivos ou premiais com vistas a compelir ou incentivar o próprio devedor a realizar os atos necessários à satisfação da obrigação. Assim, influenciado psicologicamente, o devedor realiza o ato satisfativo em benefício do credor de forma voluntária, pois advém de sua própria vontade, contudo, não espontaneamente, considerando, que apenas foi realizado como efeito da coerção ou promessa de recompensa judicial. Como acontece na aplicação de *astreintes* em caso de descumprimento de ordem judicial.

Ressalta-se que a execução indireta pode incidir pessoalmente sobre o devedor, seria o caso da prisão civil para o devedor de alimentos, bem como, em seu patrimônio como na aplicação de multa coercitiva.

A execução indireta não era muito bem vista antigamente (i) quer porque não se podia falar de execução forçada com participação do executado, (ii) quer porque à época valia a máxima da intangibilidade da vontade humana, segundo a qual o devedor não poderia ser

obrigado/forçado a colaborar, pois estaria livre para não cumprir o seu dever. (DIDIER, p. 52, 2017).

Modernamente, existe uma tendência de ampliação dos poderes executivos dos magistrados, com vistas a dar maior efetividade ao processo, possibilitando ao juiz a adequação das medidas executivas sejam diretas ou indiretas ao caso concreto, isso decorre certamente do reconhecimento da insuficiência do texto legal em prever meios adequados às particularidades que podem surgir na execução, fazendo com que o princípio da tipicidade fosse cedendo espaço ao princípio da concentração dos poderes de execução do juiz ou princípio da atipicidade.

Destarte, o objetivo desse artigo é o objetivo do presente trabalho é exatamente investigar o posicionamento da doutrina e jurisprudência sobre o tema, inclusive, sob a luz de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça.

1. ATIPICIDADE DAS OBRIGAÇÕES

O princípio atipicidade ganha forma através de cláusulas gerais, essas foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro por meio do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, no qual pela primeira vez se previa a possibilidade de o juiz determinar medidas capazes de garantir a tutela específica, sem, contudo, indicar os meios que deveriam ser empregados para isso. (CÂMARA, p. 233, 2018).

Por meio da Lei nº 8.952/1994, foi introduzido o art. 461 no Código de Processo Civil (CPC) de 1973, o §5º desse dispositivo antes de começar enumerar alguns meios de execução aplicáveis, se utilizava da expressão “tais como”, deixando claro que essas se tratavam de medidas exemplificativas, podendo o juiz de acordo com o caso aplicar outras, tratava-se de cláusula geral de atipicidade, apenas aplicável às execuções cuja obrigação fosse de fazer ou não fazer, sendo posteriormente ampliada sua aplicação às execuções de entrega de coisa por meio da Lei nº 10.444/2002 com a previsão do art. 461-A §3º.

O Superior Tribunal de Justiça já vinha reconhecendo expressamente a existência do princípio ora analisado fazendo alusão ao art. 461, § 5º, do CPC/1973, entendendo admissível o bloqueio ou o sequestro de verbas públicas como medida coercitiva para o fornecimento de medicamentos pelo Estado, na hipótese em que a demora no cumprimento da obrigação acarrete risco à saúde e à vida do demandante. (NEVES, p. 1074, 2017).

Sucedo que no caso das obrigações de pagar quantia certa sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, existia uma restrição dos meios executivos a empregar, além de necessariamente serem medidas previstas em lei, tratava-se tradicionalmente de meios subrogatórios, exemplo disso é a aplicação de *astreintes* que embora parte da doutrina compreende-se ser possível mesmo nas execuções de obrigação pecuniária, a jurisprudência

era consolidada em sentido contrário. Pode-se apontar como uma exceção, a prisão civil nos casos de dívida alimentícia, utilizada como meio coercitivo para pagamento dos alimentos. De outra forma, nas execuções de obrigação diferente de pagar já se previa a utilização de técnicas coercitivas, bem como, com as citadas alterações legais a aplicação de meios atípicos, nesse sentido, alguns tipos de obrigações exigem a utilização da técnica de execução indireta, considerando a primazia da tutela específica, antes de ser concretizada a impossibilidade de cumprimento da obrigação original, busca-se que o executado cumpra voluntariamente com a obrigação.

É verdade que em se tratando de obrigações infungíveis, especialmente a infungibilidade dita natural, a respectiva tutela executiva somente poderá ser obtida através de medida coercitiva, já que, diante da infungibilidade, é impossível a substituição da atividade do devedor pela do órgão jurisdicional, característica da medida sub-rogatória. Todavia, daí não é lícito inferir que em se tratando de obrigação fungível a tutela executiva correspondente deva sempre ser prestada, necessariamente, através de medida sub-rogatória. Isso porque mesmo sendo correto afirmar que, in abstracto, é sempre possível o uso de medida sub-rogatória nos casos de obrigação fungível, não é verdadeiro afirmar, de maneira apriorístico e generalizada, que nesses casos é sempre preferível o recurso a tal tipo de medida, em detrimento do uso das medidas coercitivas. (GUERRA, p. 40 apud Didier, p.55, 2017).

Seria o caso das obrigações de não fazer, fazer personalíssimas ou ainda aquelas que sendo possível serem realizadas por sub-rogação se tornam muito onerosa, não sendo possível executar de forma direta, exige-se que necessariamente sejam aplicados meios executivos indiretos para viabilizar a satisfação da obrigação. A partir daí, se a obrigação se tornar impossível de ser cumprida, é a hipótese de se apurar a responsabilidade do devedor pelas perdas e danos causados pelo descumprimento da obrigação.

Ademais, intrigante é que uma vez aplicável, a atipicidade para as execuções de obrigações não pecuniária, não surgiram decisões coercitivas atípicas que chamassem tanto a atenção como algumas que apareceram sob a égide do CPC/2015, que a partir da previsão do art. 139, IV, ampliou à atipicidade dos meios executivos, alcançando as execuções de pagar quantia certa, surgindo decisões coercitivas atípicas que causaram estranhezas aos mais atentos, como exemplo a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação ou ainda a apreensão de Passaporte.

2. A PATRIMONIALIDADE DA EXECUÇÃO

O princípio da patrimonialidade informa as demandas executivas, que o devedor responderá com os seus bens perante as obrigações e apenas com eles, decorre tal entendimento do processo de humanização que a execução civil foi passando com o tempo,

e da sua não utilização como forma de vingança pessoal, vedando a utilização de formas executivas corporais, como por exemplo, a redução do devedor à condição de escravo.

Nesse sentido é importante registrar que a adoção de medidas executivas coercitivas que recaiam sobre a pessoa do executado não significa que seu corpo passa a responder por suas dívidas, o que, obviamente, seria um atentado civilizatório. São apenas medidas executivas que pressionam psicologicamente o devedor para que esse se convença de que o melhor a fazer é cumprir voluntariamente a obrigação. (NEVES, p. 633, 2018).

Isso fica claro, considerando, que a partir da aplicação de uma medida coercitiva pessoal a obrigação não se reputa satisfeita, sendo necessária para isso a realização do ato satisfativo por parte do executado, que caso não o faça, mantém exigível a obrigação perante o exequente.

Conclui-se, portanto, que é patrimonial a execução civil brasileira, não significando que a aplicação de medidas indiretas pessoais de caráter punitivo desvirtuaria tal preceito, sabendo que essas apenas compelem o devedor a satisfazer a obrigação, mas, utilizando para isso de seu patrimônio, dessa forma, respeitando o princípio da patrimonialidade, consagrado nos art. 391 do CC/2002, bem como, no art. 789 do CPC/2015.

3. O ART. 139, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 A propósito, o art. 139, inciso IV do CPC/2015 prevê:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. (BRASIL, 2015).

Trata-se de cláusula geral de atipicidade aplicável a todos os tipos de execução, conforme entendimento do Enunciado nº 48 da Escola Nacional de Formação dos Magistrados – ENFAM, ainda, reforça esse entendimento a localização do dispositivo na Parte Geral do CPC/2015.

Além disso, o legislador ao utilizar da expressão “inclusive” e fazer menção expressa às execuções de pagar quantia, levou em conta à resistência que a aplicação da atipicidade a esse tipo de obrigação sempre enfrentou, dessa forma, nitidamente seu propósito era de tornar a atipicidade aplicável às obrigações pecuniárias.

Com a previsão de que incumbe ao juiz adotar todas as medidas coercitivas na execução de pagar quantia certa, expressamente consagrada no art. 139, IV, do Novo CPC, é inevitável a conclusão de que passou a ser cabível a aplicação de medidas executivas que ameacem piorar a situação do executado por meio de restrição de seus direitos. (NEVES, p. 633, 2018)

Diante da previsão do supracitado artigo, a doutrina não é unânime em relação à aplicação da atipicidade as execuções de pagar quantia certa, considerando que são diversos os entendimentos acerca do tema, no próximo ponto serão abordados alguns aspectos a título de ilustração.

3.1 ALGUNS ASPECTOS DOUTRINÁRIOS

Alexandre Freitas Câmara entende que as medidas atípicas que poderão ser determinadas pelo juiz, necessariamente devem ter o caráter patrimonial, de outra forma, restaria violado o princípio da patrimonialidade, pois, estaria se criando uma responsabilidade não patrimonial, onde deveria o executado responder apenas com seus bens. (p. 236, 2018).

Nesse sentido, aponta que algumas medidas a exemplo da suspensão da carteira de habilitação, seriam incompatíveis com o modelo constitucional do processo civil brasileiro, e que uma vez aplicadas não ampliariam em nada a efetividade e eficiência da execução.

[...] é que o art. 139, IV, do CPC permite o emprego de meios executivos atípicos que “doem no bolso”, isto é, que fazem com que seja menos oneroso para o devedor a rápida produção dos resultados práticos capazes de promover a satisfação do direito material do exequente. E é dessa forma que tal dispositivo deve ser empregado. (CÂMARA, p. 239, 2018).

Sobre esse entendimento, é persuasivo o comentário de Neves, que questiona o porquê de tal restrição, considerando que de modo diverso, nas demais espécies de obrigação, já eram permitidas a aplicação de medidas indiretas pessoais. (p. 12, 2018) Não faria sentido adotar tratamento diverso para tutela pecuniária, quando o próprio legislador decidiu igualar.

Destaca-se, que a aplicação de medidas executórias indiretas visa compelir o executado ao cumprimento da obrigação. E quando é sabido que o executado não paga por ausência de patrimônio, nesse caso, não deve o juiz aplicar a medida atípica, segundo entende Neves, essa só seriam aplicadas quando existir no caso concreto expectativa de cumprimento voluntário da obrigação. (p. 641, 2018) Destarte, a aplicação da atipicidade nesses casos estaria condicionada a visualização de indícios que apesar de não adimplir a obrigação de pagar, o devedor ostenta padrão de vida incompatível, dando a entender que não paga por mera opção.

Dessa forma, se distingue a medida atípica indireta, de um sansão civil, essa enquanto regulada pelo direito material se encerra na própria aplicação, enquanto aquela só será aplicada para dar maior efetividade ao procedimento, visando, que sua aplicação exerça pressão no devedor para cumprir a obrigação em favor do credor.

Ademais, para execuções de obrigação pecuniária existe todo um procedimento pormenorizado de expropriação do patrimônio do executado, o que indica que a forma

executiva desse tipo de obrigação se dará preferencialmente a partir dessas hipóteses típicas, logo, a atipicidade das obrigações de pagar quantia certa seria subsidiária, somente, uma vez que comprovada o esgotamento dos meios típicos, para Didier, compreender o art. 139, IV, de modo diverso tornaria opcional todo o regramento típico. (p. 107, 2017) Nesse sentido, o Enunciado n. 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC:

(arts. 139, IV, 523, 536 e 771) A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II. (p.9, 2015)

Finalmente, sabendo que a última palavra sobre aplicação de Lei Federal no Brasil pertence ao Superior Tribunal de Justiça – STJ cabe trazer a baila como vem se manifestando citado tribunal sobre o assunto.

3.2 JURISPRUDÊNCIA – OS CASOS DE SUSPENSÃO DA CNH E PASSAPORTE

Aqui será utilizado como representativos da discursão o acórdão lavrado no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 97.876 - SP (2018/0104023-6) da Relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão da quarta turma do STJ e no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 99.606 - SP (2018/0150671-9) da relatoria da Ministra Nancy Andrighi da terceira turma do mesmo Tribunal.

Em síntese os dois acórdãos aqui trazidos tratam de Habeas Corpus manejados em face de decisões nas quais foram determinadas pelo Juiz restrições ao direito do executado, mais especificamente, determinando a suspensão do passaporte e da carteira nacional de habilitação - CNH.

Observam-se, pontos convergentes nas duas decisões, dentre eles podemos apontar, o reconhecimento que a suspensão da CNH não configura limitação ao direito de ir e vir do executado, sendo assim, não é o Habeas Corpus o instrumento adequado de impugnação dessa medida. De forma acertada, como assevera Neves o executado poderá continuar indo aos mesmos lugares que frequentava antes da medida, só não dirigindo veículo automotor. (p.652, 2018)

No que diz respeito à apreensão do passaporte ou a restrição do executado sair do país sem prévia garantia da execução, foi entendido que a aplicação de tal medida ameaça o direito de locomoção do executado, que durante a sua vigência não poderá ir aonde bem entender.

A partir daí, são apontados alguns requisitos para uma correta aplicação das medidas atípicas, o RHC Nº 97.876 asseverou que deverá o juiz na aplicação dessas medidas, verificar concretamente sua proporcionalidade e razoabilidade, devendo ainda o magistrado atentar

ao dever de fundamentação e a garantia do contraditório, onde deverá ser demonstrada a excepcionalidade da medida uma vez que aplicada apenas quando esgotado os meios típicos. O recurso foi julgado parcialmente provido, sendo reconhecida pelo tribunal a ilegalidade da medida de apreensão do passaporte no caso concreto, tendo em vista, que foi demonstrada a necessidade da medida, contudo, foi ressaltado que a decisão não tinha o condão de forma genérica afirmar a impossibilidade de aplicação da medida, uma vez que atendidos os requisitos, essa poderá vim a ser determinada.

Noutro giro, o RHC 99.606, deu relevo ao princípio da cooperação do processo, apontando além da observação a proporcionalidade e a razoabilidade, que uma vez e necessariamente aberto o contraditório, deve o executado apontar os meios executivos menos onerosos, sob pena de ter mantida contra si a aplicação da medida impugnada.

Dessa forma, no caso em apreço a restrição do executado sair do país sem prévia garantia da execução foi mantida, mesmo sendo reconhecida pelo tribunal a ausência de devida fundamentação, bem como, do prévio contraditório, pois, quando não cumpriu o executado com o dever de cooperação, esse atraiu para si a manutenção da medida questionada, nos termos do art. 805, parágrafo único, do CPC/15: "Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados."

Merece destaque nessa decisão a indicação da existência do princípio da prevalência do cumprimento voluntário da obrigação no CPC/15, do qual se entenderia que as medidas coercitivas indiretas poderiam ser determinadas, mesmo antes de se adentrar ao patrimônio do executado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que o art. 139, IV, do CPC/15, representou um grande avanço para as tutelas das obrigações pecuniárias, ao passo que ampliou a aplicabilidade dos meios executivos para esse tipo de demanda satisfativa, colocando-a no mesmo patamar das demais e possibilitando ao juiz no caso concreto, diante da insuficiência dos meios típicos, adotar medidas atípicas coercitivas a recaírem tanto pessoalmente sobre o executado, bem como, em seu patrimônio, uma vez que comprovada a possibilidade de cumprimento voluntário da obrigação, mesmo, que essa não se dê de forma espontânea.

Ademais, somente diante do caso concreto é que poderá ser ponderada a proporcionalidade e razoabilidade da medida aplicada, cabendo ao juiz essa função, além de garantir o contraditório entre as partes e o respeito aos direitos fundamentais do executado, considerando a título exemplificativo, que uma medida de suspensão da CNH para alguns pode gerar um mero incômodo, enquanto, para uma parcela específica da sociedade como

os motoristas, a restrição desse direito pode representar a retirada de sua fonte de sustento, atingindo assim a dignidade do indivíduo.

Assim, ao passo que a jurisdição vai se afastando do modelo legalista, concedendo um maior poder de efetivação ao magistrado, ganha maior relevância a necessidade de fundamentação das decisões, pela qual a sociedade exercer sua fiscalização. Observando que é da própria natureza do dispositivo o não exaurimento da discursão, intentando para criatividade do juiz e das partes, as medidas aspiradas devem respeitar os limites normativos e constitucionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. BRASÍLIA, DF, 17, JAN. 1973. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW2.CAMARA.LEG.BR/LEGIN/FED/LEI/1970-1979/LEI-5869-11-JANEIRO-1973-357991-PUBLICACAOORIGINAL-1-PL.HTML](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html). ACESSO EM: 25 DEZ. 2018.

_____. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990, CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. BRASÍLIA, DF, 10 JAN. 2007. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/L8078.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). ACESSO EM: 25 DEZ. 2018.

_____. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. BRASÍLIA, DF, 17 MAR. 2015. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2015-2018/2015/LEI/L13105.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). ACESSO EM: 25 DEZ. 2018.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RHC 97876 / SP RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2018/0104023-6. RECORRENTE: JAIR NUNES DE BARROS. RECORRIDO: ESTADO DE SÃO PAULO. RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. BRASÍLIA, 5 DE JUNHO DE 2018. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WW2.STJ.JUS.BR/PROCESSO/REVISTA/DOCUMENTO/MEDIADO/?COMPONENTE=ITA&SEQUENCIAL=1719447&NUM_REGISTRO=201801040236&DATA=20180809&FORMATO=P](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1719447&num_registro=201801040236&data=20180809&formato=PDF)DF. ACESSO EM: 24 DEZ. 2018.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RHC 99606 / SP RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2018/0150671-9. RECORRENTE: ARNALDO RODRIGO COSATO. RECORRIDO: CELI JOSÉ DA SILVA. RELATOR: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. BRASÍLIA, 13 DE DEZEMBRO DE 2018. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WW2.STJ.JUS.BR/PROCESSO/REVISTA/DOCUMENTO/MEDIADO/?COMPONENTE=ITA&SEQUENCIAL=1772094&NUM_REGISTRO=201801506719&DATA=20181120&FORMATO=P](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1772094&num_registro=201801506719&data=20181120&formato=PDF)DF. ACESSO EM: 24 DEZ. 2018.

CÂMARA, A. A. F. F. O PRINCÍPIO DA PATRIMONIALIDADE DA EXECUÇÃO E OS MEIOS EXECUTIVOS ATÍPICOS: LENDO O ART. 139, IV, DO CPC. IN: TALAMINI, EDUARDO; MINAMI,

MARCOS YOUJI (ORG.). GRANDES TEMAS DO NOVO CPC - V.11 - MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. SALVADOR: EDITORA JUSPODIVM, 2018. CAP. 10, P. 231-239.

DIDIER JR, FREDIE; DA CUNHA, LEONARDO CARNEIRO, BRAGA, PAULA SARNO; DE OLIVEIRA, RAFAEL ALEXANDRIA. CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: EXECUÇÃO. 7. ED. REV., AMPL. E ATUAL. SALVADOR: ED. JUSPODIVM, 2017. V. 5.

ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. ENUNCIADO N. 12 DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. VITÓRIA-ES, MAI. 2015. DISPONÍVEL EM: [HTTP://ESMEC.TJCE.JUS.BR/WP-CONTENT/UPLOADS/2015/06/CARTA-DE-VIT%C3%B3RIA.PDF](http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/CARTA-DE-VIT%C3%B3RIA.pdf). ACESSO EM: 23 DEZ. 2018.

NEVES, DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO. MEDIDAS EXECUTIVAS COERCITIVAS ATÍPICAS NA EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA - ART. 139, IV, DO NOVO CPC. IN: TALAMINI, EDUARDO; MINAMI, MARCOS YOUJI (ORG.). GRANDES TEMAS DO NOVO CPC - MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. SALVADOR: EDITORA JUSPODIVM, 2018. CAP. 25, P. 627-665. V. 11.

_____. MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: VOLUME ÚNICO. 9. ED. SALVADOR: ED. JUSPODIVM, 2017. CAP. 40, P. 1053-1059.

DESAFIOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DO MODELO MULTIPORTAS NO PROCESSO CIVIL: O CASO TJPE.

*José Yuri dos Anjos Santana*¹⁷¹

*Maria do Perpétuo Socorro Vilela Barbosa*¹⁷²

Resumo: O CPC/15 trouxe mudanças significativas para o sistema processual civil brasileiro, dentre elas a adoção do modelo multiportas de resolução de conflitos, concretizada em seu artigo 3º. A justiça multiportas é assim designada porque permite aos jurisdicionados escolher qual o caminho ou a porta mais adequada para resolver o seu conflito. O judiciário fica restrito a casos que demandam por uma imposição estatal, quando não há consenso ou quando o direito não é disponível. Cada caso, de acordo com o direito material pleiteado, reclama por um meio para resolvê-lo, seja a mediação, a conciliação ou a arbitragem. Essa maneira de resolver conflitos permite às partes uma justiça mais integral e humana, à medida que busca a solução consensual. Além disso, atende a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consagrado no artigo 3º da CF/88, que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o direito fundamental da celeridade processual e o princípio da democracia. O CPC/15 não inova ao dispor sobre a mediação e a conciliação, pois já era previsto no Código anterior. Todavia, mudou significativamente a forma como devemos enxergar esses meios, haja vista que lhes deu o mesmo grau de importância que o processo adjudicatório. Outrossim, traz em seu bojo a noção de que a decisão estatal não é a única solução correta e que os meios consensuais não são meramente alternativos. Isto é visto claramente no artigo 238 do referido diploma que trata a citação como o ato pelo qual serão convocados o réu, o executado ou o interessado para *integrar* a relação processual; o CPC/73 afirmava que a citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se *defender*. A mudança de redação da lei processual vigente não é meramente linguística, mas paradigmática, pois permite o empoderamento das partes, que podem participar da audiência de conciliação e mediação, não apenas para cumprir um ritual previsto na nova legislação, mas para construir uma decisão favorável a ambos. Também paradigmática é a forma discursiva como se vem tratando esses meios de solução de conflitos. Se, em sua forma tradicional e semântica, eram tratados como Meios *Alternativos* de Resolução de Disputas (ADR, sigla em inglês), hoje fala-se em Meios *Adequados* de Resolução de Disputas. Entretanto, uma mudança de tal envergadura não se faz apenas com a alteração na lei. Para

¹⁷¹ Graduando do Curso de Direito da UNINASSAU

¹⁷² Graduanda do Curso de Direito da UNINASSAU

que seja efetiva, se faz necessário superar obstáculos de ordem estrutural, educacional e cultural, tais como adequação física e funcional dos fóruns, formalização de convênios, capacitação dos operadores e preconceitos arraigados contra os meios alternativos. Dessa forma, passados mais de 3 anos de vigência do novo CPC, este artigo pretende discorrer sobre os desafios para implementação do sistema multiportas de resolução de conflitos e analisar a forma com que tais desafios estão sendo enfrentados pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, na Comarca do Recife.

PALAVRAS-CHAVE: Processo civil. Modelo multiportas. Solução consensual de conflitos.

Abstract: The CPC/15 brought significant changes to the Brazilian civil procedural system, among them the adoption of the multi-door model of conflict resolution, concretised in its 3rd Article. Multi-door justice is thus designated because it allows the courts to choose the most appropriate way or door to resolve their conflict. The judiciary is restricted to cases that demand for a state imposition, when there is no consensus or when the right is not available. Each case, according to the material right pleaded, claims by a means to resolve it, be it mediation, conciliation or arbitration. This way of resolving conflicts allows the parties a more integral and humane justice, as it seeks a consensual solution. In addition, it fulfills one of the fundamental objectives of the Federative Republic of Brazil, consecrated in article 3 of CF / 88, which is the construction of a free, fair and united society, the fundamental right of procedural speed and the principle of democracy. CPC / 15 does not innovate when it comes to mediation and conciliation, as it was already foreseen in the previous Code. However, it has significantly changed the way we should see these means, given that it gave them the same degree of importance as the adjudicatory process. It also brings with it the notion that state decision is not the only correct solution and that consensual means are not merely alternative. This is clearly seen in Article 238 of the aforementioned decree which treats the summons as the act by which the defendant, the executed party or the interested party will be summoned to *join* the procedural relationship; CPC / 73 affirmed that the summons is the act by which the defendant or the interested party is called in order to *defend* himself. The drafting change of the current procedural law is not merely linguistic but paradigmatic in that it allows for the empowerment of parties who can attend the conciliation and mediation hearing. Not only to comply with a ritual provided for in the new legislation but to build a favorable decision to both parties. Also paradigmatic is the discursive form in which these means of solution of conflicts are being treated. If, in their traditional and semantic form, they were treated as Alternative Dispute Resolution (ADR), today we are talking about *Adequate* Means of Dispute Resolution. However, a change of such magnitude is not only done in changing the law. To be effective, it is necessary to overcome obstacles of a structural order, educational and cultural nature, such

as physical and functional adequacy of forums, formalization of agreements, training of staff and prejudices rooted against alternative means. Thus, after more than 3 years of validity of the new CPC, this article intends to discuss the challenges for the implementation of the multi-door system of conflict resolution and to analyze the way in which these challenges are being faced by the Court of Justice of Pernambuco, in the Region of Recife.

Key words: Civil Procedure. Multi-door model. Consensual Resolution of Conflicts.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe significativas mudanças para o sistema processual civil brasileiro, dentre elas, em seu artigo 3º., o modelo multiportas de resolução de conflitos. A justiça multiportas é assim designada porque permite aos jurisdicionados escolher o caminho ou a porta mais adequada para resolver o seu conflito. Cada caso clama por um meio mais adequado de solução, seja a mediação, a conciliação ou a arbitragem. O judiciário fica restrito aos casos que demandam imposição estatal, quando não há consenso ou quando o direito não é disponível. Apesar de não inovar em relação aos métodos consensuais, já previstos no código anterior, o CPC/15 trouxe novo significado para a conciliação e a mediação, dando-lhes o mesmo grau de importância do processo judicial, tratando-os não como meras formas alternativas e sim como formas adequadas de resolução de conflitos.

Assim, o CPC/15 traz mudanças de ordem estrutural, educacional e cultural que, para sua implementação, encontram obstáculos da mesma ordem a serem enfrentados pelo Estado, em conjunto com os operadores do Direito e a sociedade em geral, e que por sua envergadura não são feitas apenas com a alteração na legislação. Este artigo tem como objetivo discorrer sobre os desafios para implementação do sistema multiportas de resolução de conflitos, com foco nos métodos consensuais de mediação e conciliação, e analisar a forma como tais desafios estão sendo enfrentados pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, na Comarca do Recife. Trata-se de um estudo de caso, em que foram utilizados os métodos qualitativo e quantitativo, bibliográfico, documental, observação *in loco* e entrevistas com servidores, conciliadores voluntários e advogados.

1. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS MÉTODOS CONSENSUAIS

A mediação é um meio de solução de conflitos baseado no consenso entre as partes, com a ajuda de um terceiro facilitador imparcial, o qual apenas tem a função de restabelecer o diálogo entre elas. A conciliação também se baseia no consenso e tem um terceiro facilitador imparcial que, além de restabelecer o diálogo, pode também sugerir uma solução para o caso. Já a arbitragem é um processo voluntário em que as pessoas em conflito delegam poderes a uma terceira pessoa, imparcial e neutra, de preferência especialista na matéria, para decidir

por elas o litígio (MOORE, 1998 APUD BULGARELLI, [2017?]). Os métodos consensuais têm como diretrizes a informalidade, a autonomia da vontade das partes, a oralidade, a confidencialidade e a imparcialidade do conciliador ou do mediador. A informalidade tem como escopo dirimir os rituais dos atos processuais da jurisdição estatal, deixando mediados ou conciliados mais descontraídos. A autonomia da vontade permite que o autor e o réu sejam considerados protagonistas no procedimento, dando ao mediador ou ao conciliador apenas o papel de terceiro facilitador. Na mediação extrajudicial, as partes podem, também, escolher o mediador ou o conciliador, os quais não devem ter nenhum grau de parentesco ou amizade com os mediados ou conciliados, pois possuem o dever da imparcialidade. A escrita fica restrita somente ao termo que dispõe sobre o acordo, o que marca o princípio da oralidade. Ademais, se na jurisdição a regra é a publicização do processo, na justiça multiportas a regra é a confidencialidade. Graças a todas essas virtudes, a mediação e a conciliação são mais céleres e permitem uma resposta satisfativa para ambos os envolvidos na disputa, tendo em vista que o que permeia as audiências é o consenso (GONÇALVES, 2017).

2. AS MUDANÇAS PARADIGMÁTICAS DO CPC/15

Somente com o Código de Processo Civil de 1973, a autocomposição vem a vigorar firmemente no campo jurídico. Apesar das disposições desse diploma processual, a audiência era considerada pelos operadores do Direito como ato de postergação da resposta definitiva. Além disso, no Brasil pouco se discutia sobre autocomposição, uma vez que se considerava a jurisdição a única resposta correta. Para Campos e Franco (2017) o insucesso das audiências autocompositivas se deu pelo menoscabo dos juristas e da falta de conhecimento do tecido social. Em 1988, a conciliação readquire o caráter constitucional e é disposta por meio do Artigo 98, incisos I e II, os quais ordenam ao legislador ordinário a promulgação de leis que assegurem a criação, pelos entes federativos, de juizados especiais, competentes para julgar as causas de menor complexidade e conciliação, e justiça de paz, competente para celebrar casamentos e conciliação. Além disso, a atual Constituição é permeada por princípios com força normativa, os quais corroboram com a prática da justiça multiportas, pois garante a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, o direito fundamental do acesso à justiça e o da duração razoável do processo (CAMPOS E FRANCO, 2017).

Para assegurar o mandamento constitucional do artigo 98, em 1995 foi editada a lei 9.099, Lei dos Juizados Cíveis e Criminais, no âmbito da justiça estadual, bem como a lei 10.259, de 2001, Lei dos Juizados Especiais Federais. Ademais, com o intuito de atender o direito constitucional fundamental de acesso a justiça e de duração razoável do processo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução 125, de 2010.

Com esse ato administrativo, o CNJ definiu a política pública de tratamento adequado de conflitos de interesse e estabeleceu que os tribunais, além de adjudicar as sentenças, devem

também estimular a autocomposição. A resolução prevê a criação de núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos (NUPEMEC), com atribuições de desenvolver políticas judiciárias locais, instalar centros judiciários de solução de conflitos e cidadania (CEJUSCs) e realizar o incentivo ou a promoção de capacitação de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores. Os centros têm a função de realizar e gerir sessões de mediação e conciliação, atender e orientar os cidadãos. Os pilares para o sucesso dos métodos consensuais são, pelo artigo 2º da resolução 125, a centralização das estruturas judiciárias, a adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores e o acompanhamento estatístico específico (BRASIL, 2010). A resolução trata os métodos autocompositivos como “adequados” para a solução de conflitos e não mais meios “alternativos” (BRASIL, 2010). Assim, enfatiza-se que esses métodos estão no mesmo patamar que a jurisdição e que cada conflito, de acordo com suas nuances, tem o meio mais adequado para resolvê-lo.

O CPC/15 traz várias mudanças sobre a conciliação e mediação, dentre elas os métodos consensuais como norma fundamental do processo, o mediador e o conciliador como auxiliares da justiça e a audiência de conciliação e mediação como etapa obrigatória do processo (ato endoprocessual obrigatório). Além dessas modificações, destaca-se também a mudança de redação do artigo referente à citação. No CPC/73, artigo 213, citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender; já no CPC/15, artigo 238, citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual. Com a ênfase que o CPC/15 dá à autocomposição, a mudança da redação dos artigos não foi apenas linguística, mas também paradigmática, pois chamar o réu para se defender significa dizer que a ação principal do réu no processo é contestar a petição inicial. Enquanto significado diferente se extrai da palavra integrar, porque o réu tanto pode contestar quanto autocompor, visto que antes de apresentar a contestação é necessário que passe por uma audiência de conciliação e mediação, prevista em seu artigo 334 (BRASIL, 2015b).

O CPC/15, assim como a resolução 125/10 do CNJ, traz a mensagem que os meios de solução pacífica dos conflitos não são meramente alternativos, mas estão ao lado da jurisdição (LESSA NETO, 2015). Essa valorização dos métodos autocompositivos pode ser vista no artigo 3º que os coloca como norma fundamental do processo e como dever do Estado promover a solução consensual dos conflitos. Além disso, a audiência de conciliação e mediação é prevista como obrigatória e no início do processo, diferentemente do que havia no CPC/73, prevista como provável e no final do processo.

A Lei da Mediação, Lei 13.140, de 26.06.2015 é considerada o marco regulatório da mediação, tendo em vista que, até então, em nosso ordenamento jurídico, somente se preceituava sobre a conciliação. Essa lei rege a mediação entre particulares, mas também traz como inovação

a possibilidade da União, dos Estados e dos Municípios realizarem a autocomposição no âmbito da administração pública. Além disso, confirma os princípios que já estão consagrados no CPC/15, artigo 166, e acrescenta outros como a isonomia entre as partes, a busca do consenso e a boa-fé, presentes em seu artigo 2º (BRASIL, 2015a).

3. DESAFIOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA MULTIPORTAS

Segundo Lessa Neto (2015) para que a justiça multipostas efetivamente assegure os direitos fundamentais de acesso a justiça e garanta a duração razoável do processo é fundamental o enfrentamento de três grandes desafios inerentes à implementação das mudanças previstas no CPC/15, quais sejam: o estrutural, o educacional e o cultural.

O desafio estrutural comporta a estrutura física e funcional dos órgãos que compõem o sistema. A Resolução 125/10 do CNJ estabelece que o CEJUSC devem ter uma estrutura para atender três setores: pré-processual, processual e de cidadania. Ademais, o artigo 9º. desse ato dispõe que deve atuar em cada um desses centros um juiz coordenador e um adjunto, com a incumbência de homologar os acordos, administrar esses três setores e fiscalizar os mediadores e conciliadores. Além disso, o parágrafo 2º do mesmo artigo reza que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais deverão assegurar que nos Centros atue ao menos 01 servidor com dedicação exclusiva, capacitado em métodos consensuais de solução de conflitos, para a triagem e encaminhamento adequado de casos. Como forma de ampliar o atendimento à demanda, também é necessária a formalização de convênios com faculdades do Direito e o credenciamento com câmaras privadas (BRASIL, 2010).

O CEJUSC deve retratar um ambiente informal, para que seja inculcido na mente das partes que elas podem se sentir a vontade para expressar os seus interesses, os seus sentimentos, pois são as protagonistas do procedimento e não mais meros coadjuvantes como no processo tradicional, em que a maior parte da palavra se dá aos advogados, defensores públicos, membros do ministério público ou aos juízes (LESSA NETO, 2015).

O desafio educacional permeia a capacitação dos mediadores e conciliadores, estudantes e operadores do Direito (advogados, defensores públicos, membros do ministério público e juízes). O mediador (artigo 11 da lei 13.140/15), deve ser pessoa capaz, graduado há pelo menos dois anos em curso de ensino superior e ter o curso de capacitação exigido pelo CNJ; já o conciliador deve apenas ser capaz e concluir o curso de capacitação, prescindindo da graduação, conforme entendeu o Plenário do CNJ no julgamento da Consulta n. 0007324-12.2016.2.00.0000, em 14/03/2017. Sendo insuficiente apenas oferecer curso de capacitação, também faz-se mister aperfeiçoar os profissionais e avaliar como estão desempenhando suas funções, conforme o artigo 12, § 2º da Resolução 125, que diz que todos os conciliadores, mediadores e outros especialistas em métodos consensuais de solução de conflitos deverão submeter-se a aperfeiçoamento permanente e a avaliação do usuário (BRASIL, 2010).

O desafio também aborda as faculdades de Direito, que devem adequar sua grade curricular, implementando a disciplina de mediação, conciliação e arbitragem nos primeiros períodos do curso, estimulando nos estudantes mentalidade voltada para uma cultura de paz, em contraposição à cultura do litígio, em que as partes, adversárias, fazem tudo para vencer – isso ocorrendo porque os primeiros períodos são dedicados ao estudo da lide e do processo civil, com apenas breve menção aos métodos autocompositivos. Lessa Neto (2015) propõe readequar a disciplina Teoria Geral do Processo como Teoria Geral da Resolução de Disputas.

Um outro fator, importante, é o papel dos advogados na mediação e conciliação, uma vez que podem prestar assistência jurídica às partes na celebração do acordo, orientando-as a procurar métodos consensuais de resolução de disputas. Usualmente, as partes desconhecem a lei e podem firmar acordos sem benefícios para uma delas. Por isso, a presença do advogado é fundamental na mediação e na conciliação, gozando as partes maior segurança jurídica e assegurando-se o princípio da decisão informada. Estando a sociedade ainda imersa na cultura do litígio, a orientação do advogado torna-se basililar, indicando à parte o meio mais adequado para atender o Direito material pleiteado. Os causídicos devem estar cada vez mais preparados para a conversão da cultura beligerante para a cultura de paz (GRANDE E QUEIROZ, 2017). O desafio cultural abrange a sociedade, envolvendo a autocomposição e sua crença nesse meio de resolução de disputas. Estamos imersos na cultura do litígio, tendo a parte contrária como adversário e inimigo. O acordo significa *dar o braço a torcer* e deixar de receber o que lhe é de direito, numa visão autoritária e estatista do processo, pois as pessoas não se veem capazes de solucionar seus próprios conflitos e transferem esse dever para a jurisdição estatal, julgando que esta tem a única resposta correta (LESSA NETO, 2015). Porém, a CF/88 consolidou a democracia como regime de governo, trazendo esse conceito para o processo civil, pois este deve se adequar às partes e não o contrário, considerados os cidadãos protagonistas da solução. Além disso, a jurisdição não apresenta a única resposta correta pois, como visto, cada conflito reclama por um meio mais adequado para resolvê-lo. Para superar esse desafio, faz-se mister a realização de campanhas de divulgação nas mídias impressas, eletrônicas e digitais, bem como a utilização da justiça itinerante, definida por Furquim (2014) como sistema moderno, social e democrático, que permite ao magistrado se deslocar até o local da demanda para proferir a sentença fora do fórum ou do tribunal.

4. DESAFIOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA NO TJPE

A partir da classificação dos desafios para implementação do sistema, trazida por Lessa Neto (2015), foram analisados os seguintes aspectos no TJPE, Comarca do Recife:

a) Desafio estrutural - Conforme visto anteriormente, a estrutura básica que os tribunais precisam ter é definida pelo CNJ, cabendo a cada um daqueles definir internamente seu funcionamento. Dessa forma, o do TJPE é composto por (TJPE, 2018):

a.1) NUPEMEC: é operado por uma estrutura composta pelo Fórum Estadual de Coordenadores de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (FOCEJUS), pelos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), Câmaras de Mediação e Conciliação, Casas de Justiça e Cidadania e do Programa Justiça Comunitária, este composto por Agentes Comunitários de Justiça e Cidadania. Compete ao NUPEMEC desenvolver políticas judiciárias locais, instalar os CEJUSCs e realizar o incentivo ou a promoção de capacitação de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores.

a.2) CEJUSCs: são órgãos auxiliares das unidades jurisdicionadas de 1º. e 2º. graus do Poder Judiciário do Estado de Pernambuco, em relação aos quais se vinculam institucionalmente na forma dos artigos 73 a 75 da Lei Complementar Estadual no. 100, de 21.11.2007 e Resolução TJPE, de 04.07.2007, do TJPE. Atualmente há 18 Centros no Estado com a função de realizar e gerir as sessões de mediação e conciliação pré-processual e endoprocessual, bem como atender e orientar os cidadãos. Este estudo se restringe ao CEJUSC Recife.

a.3) Câmaras Privadas de Mediação e Conciliação: vinculam-se ao CEJUSC da respectiva jurisdição. Atualmente são 33 câmaras, incluindo as da Defensoria Pública e as privadas, estas em sua maioria vinculadas às faculdades de Direito.

a.4) Casas de Justiça e Cidadania: entidades públicas ou particulares, sem fins lucrativos, mantidas pelo Poder Judiciário estadual, atuam na promoção de políticas públicas de desenvolvimento da cidadania e da justiça e de prestação de serviços de conciliação e mediação junto às comunidades carentes. São, atualmente, 06 Casas.

a.5) Programa Justiça Comunitária: pode ser implantado nas Casas de Justiça e Cidadania ou nas Câmaras de Conciliação, Mediação e Arbitragem, mediante convênios. Seu objetivo é promover políticas públicas de cidadania, como condutores e mediadores de conflitos sociais.

O sistema é administrado por um NUPEMEC, auxiliado por um juiz coordenador, em cada CEJUSC. O magistrado é escolhido pelo Presidente do TJPE, para um mandato de 02 anos, podendo ser reconduzido. Cabe a ele, também, a homologação dos acordos, e ser juiz auxiliar

de todas as unidades jurisdicionais da respectiva comarca. O procedimento consensual no TJPE pode ser visualizado na Figura 1.

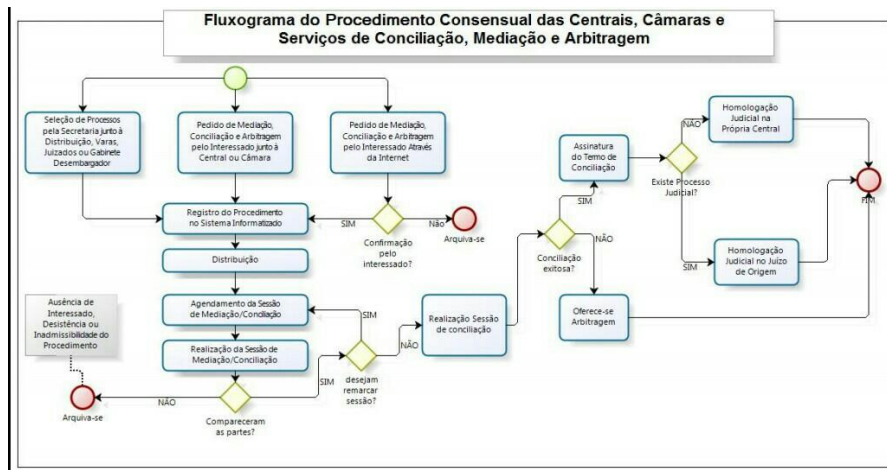


Figura 1: Fluxograma do procedimento consensual no TJPE
 Fonte: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO (2018).

O NUPEMEC está localizado no 1º andar do prédio do TJPE, e o CEJUSC Recife no 5º andar, onde se abrigam o setor administrativo, a sala do juiz, salas de audiência para demandas pré-processuais e a Central de Audiências, com 17 salas recentemente reformadas, mobiliadas e reservadas para as audiências de mediação e conciliação previstas no Art. 334, do CPC/15. Seu uso alternativo em audiências de outras varas pode trazer alguns inconvenientes para as sessões autocompositivas, quando o mediador/conciliador, na cabeceira da mesa retangular, situa-se como barreira entre as partes. Dessa forma, parece-nos adequado substituir tal mobiliário por mesas redondas, que certamente proporcionarão clima mais favorável. Reforma prevista contempla transferência do NUPEMEC para o mesmo andar do CEJUSC, agilizando procedimentos e promovendo maior interação entre os servidores.

A estrutura organizacional parece funcionar adequadamente, sem maiores entraves. Quanto à estrutura funcional, o CEJUSC Recife conta com 12 servidores, (coordenadores, técnicos judiciários e auxiliares), 02 conciliadores-servidores, 01 mediador e 04 estagiários, além de 13 conciliadores voluntários, suficientes à demanda, segundo a coordenação geral do NUPEMEC. No entanto, há preocupação quanto aos conciliadores voluntários, cuja adesão diminui gradativamente. A Tabela 01 mostra a produtividade do CEJUSC Recife de 2009 a 14/12/2018, com diminuição na quantidade de audiências a partir de 2015, fato teoricamente

incompatível com a entrada em vigor do CPC/15, pela obrigatoriedade de sua realização e demais vantagens. Porém, não se identificou relação direta entre essa redução e a quantidade de mediadores/conciliadores. Sugere-se, contudo, criar incentivos, talvez pecuniários, para maior adesão de advogados; há certa insatisfação, especialmente dos voluntários formadores, quanto ao considerável tempo necessário à realização daquele trabalho, que interfere em seus afazeres remunerados. O servidor conciliador recebe gratificação pela função.

Ainda na Tabela 01, período entre 2015 a 2018, observa-se que em 2015, quando entra em vigor o CPC/15, o percentual de acordos realizados foi de 49,55%; em 2016 atinge 58,29%; fica praticamente estável em 2017, com 59,50%; e em 2018 eleva-se a 69,41%. Esse resultado pode ser decorrente do nível de aprendizado, que com o tempo vai se consolidando, bem como a melhor adaptação das estruturas físicas e funcionais. No entanto, esse aumento é inversamente proporcional à quantidade de audiências realizadas, quando houve uma queda de 52,07% no período. Não há estudo que identifique as causas da redução, nem foi possível estabelecer, por parte dos autores, análise com os dados disponibilizados. Supõe-se que se deve à criação de outros CEJUSCs na área metropolitana, diluindo as audiências, e transferência de acordos até então realizados naquele Centro, como os do DETRAN.

Tabela 1 - Audiências agendadas x realizadas x acordos efetuados no período de 2009 a 14/12/2018

Audiências/Ano	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Agendadas	10.877	10.251	12.419	11.979	9.532	7.276	5.174	4.891	3.275
Realizadas	6.944	5.981	7.543	7.284	5.667	4.601	3.280	2.867	2.396
Acordosefetuosos	3.940	3.674	4.335	3.917	2.951	2.280	1.912	1.706	1.663
% de acordos	50.26%	61.43%	57.47%	53.78%	52.07%	49.55%	58.29%	59.5%	69.41%

Fonte: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Elaborada pelos autores.

- b) Desafio educacional** - Os operadores, servidores e voluntários, previamente selecionados, realizam o treinamento previsto pelo CNJ, descrito anteriormente. Há uma exigência do TJPE de que todos os conciliadores e mediadores sejam graduados em Direito, embora o CNJ não o exija para conciliadores. Não há programa de capacitação em mediação e conciliação para magistrados, nem para advogados que não estejam no programa de voluntariado, providência que facilitaria o processo consensual, especialmente no que tange à sua efetividade. Quanto ao processo de formação de novos operadores do Direito, pelas faculdades, verifica-se que na maioria delas a

disciplina Mediação, Conciliação e Arbitragem já está inserida em seus currículos, porém nos últimos semestres do curso, ou seja, quando o estudante já passou por todo um processo de condicionamento mental para o confronto, em detrimento da solução consensual. Importante passo foi dado recentemente pelo MEC, através da portaria 1.351/18 que exige a inclusão da disciplina na grade curricular dos cursos de Direito (MEC ..., 2018). Registre-se também a importância das Câmaras de Mediação e Conciliação, presentes nas faculdades para a formação dos estudantes de Direito, fruto de convênio com o TJPE.

- c) Desafio cultural** - Este é, sem dúvida, o maior desafio para implementação dos métodos consensuais, pois não se muda uma cultura secular em pouco tempo. O TJPE já implementou diversos programas para disseminar uma "cultura de paz", tais como: *Justiça Itinerante* (deslocamento para bairros ou cidades do interior, de equipe técnica, incluindo defensor público, para orientação jurídica, com ênfase na resolução autocompositiva); *ProEndividados*, para tratamento de situações de superendividamento; *Jornadas Conciliatórias e atendimento concentrado com empresas*; *Semana Nacional de Conciliação*, programa do CNJ, com bons resultados e grande repercussão na mídia; *Justiça restaurativa e Constelação Familiar*: uso de técnicas alternativas para a solução de conflitos; *Palestras* em faculdades, em eventos nas Casas de Cidadania e no Fórum Rodolfo Aureliano; *Divulgação interna e externa das ações e programas do Núcleo*, através de cartazes, *folders*, visitas etc. Apesar dos esforços e da limitação orçamentária comum aos órgãos públicos, há muito ainda por fazer. Ações conjuntas com a OAB, Escola de Magistratura, faculdades e colégios, Associações Comerciais, dentre outras, podem ser desenvolvidas, com mudanças significativas para o atual cenário de pouco conhecimento e preconceitos contra os métodos autocompositivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema multiportas, que incentiva a autocomposição e é tendência no mundo inteiro, no Brasil é chancelado pela Lei 13.105, CPC/15, e pelas leis 13.140/15, 10.259/01 e 9.099/95, além da Resolução 125/10, do CNJ. Essa forma de resolver conflitos permite às partes utilizar novos caminhos que produzem resultados mais facilmente aceitáveis, por um lapso de tempo menor, com o mínimo de despesas processuais, podendo, ainda, preservar relações entre as partes. Apesar disso, sua implementação ainda encontra obstáculos e sua superação tem

sido um grande desafio para os nossos tribunais. Diferente não poderia ser para o TJPE, especificamente a Comarca do Recife, objeto de análise deste trabalho.

Não se observou dificuldades significativas no que tange aos desafios estruturais. O CEJUSC funciona em ambiente específico e que está passando por modificações para melhor adaptação aos serviços; registre-se, no entanto, a necessidade de manter uma equipe de conciliadores/mediadores capacitados e motivados. No desafio educacional, apesar das ações já desenvolvidas, parece necessário expandir os programas de capacitação e maior interação com as faculdades. Quanto ao desafio cultural, mesmo com as dificuldades inerentes a uma mudança de cultura arraigada de séculos, o avanço ainda é tímido. O Tribunal pode intensificar as ações junto aos operadores do Direito, incluindo seus próprios servidores, aos advogados, às faculdades, à OAB, às empresas e à sociedade em geral, dentre outras alternativas, para que se tenha uma maior disseminação e conscientização dos benefícios trazidos pelos métodos consensuais para as partes, para o Estado e para a sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. RESOLUÇÃO N. 125, DE 29 DE NOV DE 2010. DISPONÍVEL EM WWW.CNJ.JUS.BR/BUSCA-ATOS-ADM?DOCUMENTO=2579. ACESSO EM: 01 DEZ. 2018.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. BRASÍLIA (DF): CENTRO GRÁFICO DO SENADO, 1988. 292 P.

BRASIL. LEI N. 5.869, DE 11.01.1973. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/L5869IMPRESSAO.HTM](http://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/L5869IMPRESSAO.HTM). ACESSO EM: 19 DEZ. 2018.

BRASIL. LEI N.10.259, DE 12 JUL DE 2001. LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.HTM](http://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.HTM). ACESSO EM: 19 DEZ. 2018.

BRASIL. LEI N. 13.140 , DE 26 DE JUN. DE 2015A. LEI DE MEDIAÇÃO ENTRE PARTICULARES COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2015-2018/2015/LEI/L13140.HTM](http://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2015-2018/2015/LEI/L13140.HTM) . ACESSO EM: 19 DEZ. 2018.

BRASIL. LEI N.13.105, DE 16 DE MAR. DE 2015B. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2015-2018/2015/LEI/L13105.HTM](http://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2015-2018/2015/LEI/L13105.HTM). ACESSO EM: 19 DEZ. 2018.

BULGARELLI, RUBERLEI. A MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM: MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS COMO ALTERNATIVAS FRENTE À MOROSIDADE DA JUSTIÇA ESTATAL BRASILEIRA. FLORIANÓPOLIS: [2017?]. DISPONÍVEL EM : [HTTP://WWW.CAMAF.COM.BR/ARQUIVOS/1325](http://WWW.CAMAF.COM.BR/ARQUIVOS/1325). ACESSO EM: 18 DEZ. 2018.

CAMPOS, ADRIANA PEREIRA; FRANCO, J.V.S. A CONCILIAÇÃO NO BRASIL E A SUA IMPORTÂNCIA COMO TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS. REVISTA DE DIREITO BRASILEIRO, V. 18, N. 7, P. 263 – 281. SÃO PAULO: SET./DEZ. 2017.

GRANDE, PATRICIA O.S.DE; QUEIROZ, FLÁVIA A.W.C. O PAPEL DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO. MIGALHAS DE PESO: 2017. DISPONÍVEL EM: <HTTPS://WWW.MIGALHAS.COM.BR/DEPESO/16,MI256903,21048-O+PAPEL+DO+ADVOGADO+NA+MEDIACAO>. ACESSO EM: 18 DEZ 2018.

FURQUIM, SERGIO. JUSTIÇA ITINERANTE: SOLUÇÃO DE IMEDIATO. JUSBRASIL: 2014. DISPONÍVEL EM: <HTTPS://FURQUIM65.JUSBRASIL.COM.BR/ARTIGOS/174984254/JUSTICA-ITINERANTE-SOLUCAO-DE-IMEDIATO>. ACESSO EM: 18 DEZ 2018.

GONÇALVES, JÉSSICA DE A. PRINCÍPIO DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS CIVIS. RIO GRANDE: 2017. DISPONÍVEL EM HTTP://WWW.AMBITOURIDICO.COM.BR/SITE/?N_LINK=REVISTA_ARTIGOS_LEITURA&ARTIGO_ID=18517&REVISTA_CADERNO=21. ACESSO EM: 19 DEZ 2018.

LESSA NETO, JOÃO LUIZ. O NOVO CPC ADOTOU O MODELO MULTIPORTAS !!! E AGORA ?! REVISTA DE PROCESSO, SÃO PAULO, VOL.244, ANO 40, P. 427-441, JUN. 2015.

MEC HOMOLOGA DIRETRIZES CURRICULARES NACIONAIS DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO. PORTAL CONTABILIDADE NA TV. DEZ.2018. DISPONÍVEL EM: <HTTP://WWW.CONTABILIDADENATV.COM.BR/2018/12/MEC-HOMOLOGA-DIRETRIZES-CURRICULARES-NACIONAIS-DO-CURSO-DE-GRADUACAO-EM-DIREITO/>. ACESSO EM: 18 DEZ. 2018.

MOORE, CRISTOPHER W. O PROCESSO DE MEDIAÇÃO: ESTRATÉGIAS PRÁTICAS PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS. 2. ED. PORTO ALEGRE: ARTMED, 1998.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. DISPONÍVEL EM <HTTP://WWW.TJPE.JUS.BR/WEB/RESOLUCAO-DE-CONFLITOS>. ACESSO EM: 01 DEZ. 2018.

PODE A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL AJUDAR EM PROCESSOS JUDICIAIS NA BUSCA PELA EFETIVIDADE DA JUSTIÇA?

Rosalina Freitas Martins de Souza - Orientadora (Direito/Faculdade Damas)173

Tarcizio Romanzeira - Discente (Direito/Faculdade Damas)174

Resumo: O sistema judiciário brasileiro é responsável por dirimir litigiosidades, que por se apresentarem em números totais maiores que a capacidade de resolução dos Tribunais, formam uma espécie de congestionamento processual, sejam por óbices materiais, formais inerentes ao processo ou por falta de recurso humano para prover seguimento ao processo, conseqüentemente, tendem a dificultar a efetividade da prestação da justiça. Grande parte do trabalho dos juristas é no sentido de analisar, pesquisar, identificar e organizar os melhores e mais pertinentes conteúdos dispostos em leis, jurisprudências, princípios, doutrinas e demais fontes do direito. É um trabalho que demanda esforço e despende tempo precioso, ao qual poderia ser dedicado a uma atividade menos repetitiva e pouco inventiva para focar em um conteúdo mais criativo e humanístico. A inovação trazida pela tecnologia, em especial da IA (Inteligência Artificial), vem como forte aliada também na área jurídica, para aumentar a produtividade ao mesmo tempo em que diminui a margem de erros processuais. Nosso objetivo é verificar se a aplicabilidade do uso de IA no direito pode contribuir com o processo judicial na busca pela efetividade da justiça, apresentando os conceitos básicos das tecnologias necessárias à sistematização e adequação ao universo jurídico através de estudos de casos. Os resultados da pesquisa indicam que o uso das tecnologias de IA aplicadas ao direito permitem o escalonamento das tarefas repetitivas, conferem mais rapidez melhorando a prestação de serviços, auxiliam na tomada de decisão, com informações mais detalhadas e precisas propiciam aos operadores do direito determinar a ação mais adequada, ajudando na efetividade dos processos judiciais. Ponderar a melhor estratégia, a elaboração dos argumentos, a redação final e diligenciamento necessário ao processo cabem aos juristas, sendo estes os detentores reais da decisão que apenas foi subsidiada tecnologicamente.

Palavras-chave: Inteligência artificial. Efetividade. Justiça. Inovação. Processo jurídico.

173 Professora Dra. Em Direito, UFPE, rosanews@hotmail.com

174 Especialista em Eng. e Seg. de Software, CESAR School, romanzeira@gmail.com

Abstract: The Brazilian's judicial system is responsible for disciplining disputes, which are presented in numbers greater than a court resolution capacity, to form a kind of procedural congestion, to be obstructed by material, formal inherent in the process or due to a lack of human resources and, therefore, tending to hinder the effectiveness of the provision of justice. Much of the work of lawyers has no sense in analyzing, identifying and organizing the best and most favored in laws, jurisprudence, principles, doctrines and other sources of law. The job was required, and it expends precious time, so that could be focused on one activity less repetitive and bit inventive to focus on for more arts and humanistic. The innovation brought about by technology, especially AI (Artificial Intelligence), has also been one of the most important ways to increase efficiency while at the same time there is a margin of procedural error. The objective of this new application is the application of the right of use of information to the judicial process of search for the security of justice. The results of the research were made with the use of work technologies, repetitive task scheduling, service execution capacity, decision support, more detailed information and recommendations for right operators. Action and Execution of Judicial Exercises. This is a best strategy, the proposal of the actions, the final redaction and diligence necessary to the legalists, which are holders of the real risk management.

Keywords: Artificial intelligence. Effectiveness. Justice. Innovation. Legal process.

INTRODUÇÃO

Um processo judicial só faz sentido quando, após transcorridas todas as suas fases, respeitados os requisitos formais e materiais, ao seu final, seja proferida por parte da justiça uma decisão em cujo o objeto decisório possa efetivamente ser cumprido, respeitando o ordenamento jurídico e seus respectivos princípios.

Nesse sentido, o sistema judiciário é responsável por dirimir litigiosidades, as quais se apresentam em números elevados. O artigo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), intitulado Justiça em Números 2018, consolida todas as atividades de 90 Tribunais de Justiça brasileira, que apresentam o ingresso de 29,1 milhões de processos e a baixa de 31 milhões de processos anualmente. Tais números podem demonstrar, uma capacidade de produtividade maior do que as contendas judiciais, porém, o acervo de 80,1 milhões de processos que aguardam uma solução definitiva apontam o que o próprio CNJ denomina como congestionamento processual (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, p.17).



Processos acumulados entre 2009 e 2017. Fonte: (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018)

Com base nos dados acima apresentados e para efeitos de análise da gestão judiciária brasileira, se considerarmos que o cenário atual de ingressos de litígios e a capacidade atual de resolução se mantenham estáticos ao longo do tempo, seriam necessários quase 40 anos para encerrar o congestionamento processual.

Em razão da extrapolação do tempo que seria razoável ao julgamento do mérito, os tribunais acabam por ir de encontro ao dispositivo introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de princípio fundamental, no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal (CF), doutrinariamente conhecido como o princípio da duração razoável do processo, que entende caber ao Poder Executivo dar os meios materiais e logísticos suficientes à administração pública e aos Poderes Legislativo e Judiciário, para que se consigam terminar o processo judicial e/ou administrativo em prazo razoável, desdobramento do princípio do direito de ação, disposto na CF, 5.º, XXXV, como garantidor do direito da tutela jurisdicional adequada. Em suma, a razoável duração do processo decorre de um princípio maior, que é o do acesso à justiça (NERY JR, NELSON; NERY, 2017, p. 281).

Sobre o tema que trata da falta de celeridade da justiça, Rui Barbosa em 1921 cunhou a célebre frase na obra *Oração aos Moços*, ao afirmar que a “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta” (BARBOSA, 2015, p. 39). Quase cem anos após a constatação de Rui Barbosa, a falta de celeridade dos processos persiste e temos a constatação quase tautológica sobre os maiores desafios da atualidade ainda serem a necessidade de ampliação da eficácia e o aumento da produtividade nas organizações do universo jurídico (COELHO, 2018, p. 8).

Na atividade jurídica é possível perceber que grande parte do trabalho é no sentido de analisar, pesquisar, identificar e organizar os melhores e mais pertinentes conteúdos

dispostos em leis, jurisprudências, princípios, doutrinas e demais fontes do direito. É um trabalho hercúleo que demanda esforço e despende tempo precioso, ao qual poderia ser dedicado a uma atividade menos repetitiva e, por vezes, pouco inventiva, para focar em um conteúdo mais criativo, diligencial e humanístico, sobretudo.

Diante da análise apresentada, fica evidente que um dos grandes entraves da efetividade da justiça pode residir justamente na parte mais repetitiva e burocrática e menos na parte criativa, inteligente e humanística da atividade jurídica. Assim, uma solução para a questão da efetividade poderia perpassar pela implementação de métodos sistemáticos e automatizados, cuja tecnologia atual já está se apresentando viável diante dos resultados positivos e promessas de aprimoramentos ainda mais auspiciosos.

A inovação trazida pela tecnologia, em especial da IA (Inteligência Artificial), vem como forte aliada também na área jurídica, para aumentar a produtividade ao mesmo tempo em que diminui a margem de erros processuais.

Nosso objetivo é apresentar os conceitos básicos das tecnologias necessárias à sistematização e sua adequação ao universo jurídico através de estudos de casos que representem a aplicabilidade do uso de IA no direito, a fim de responder o questionamento sobre a possibilidade de tal tecnologia contribuir com o processo judicial e a busca pela efetividade da justiça.

1. ENTENDENDO O AXIOMA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA SISTEMATIZAÇÃO DO DIREITO

Sistematizando a atividade jurídica do ponto de vista dos operadores do direito, as construções das teses, em geral, são formuladas pelos conteúdos dispostos no ordenamento jurídico, doutrina e jurisprudência, que se relacionem com fatos semelhantes aos do caso em concreto, objetivando uma decisão mais favorável ao convencer o tribunal que essas semelhanças merecem vereditos similares. Assim, quando processos semelhantes resultam em decisões semelhantes temos o que a doutrina chama de segurança jurídica. Nas palavras do doutrinador Carlos Aurélio Mota de Souza, o modo como uma lei foi interpretada em uma situação similar anterior é um fator crítico para a sua interpretação atual. (SOUZA, 1996, p. 35).

Sobre os requisitos para transladar o entendimento jurídico ao universo sistematizado da IA, afirma Luger:

“Um componente importante do raciocínio jurídico é identificar, a partir de casos, precedentes legais para decisões em um caso particular. Rissland (1983) e Rissland e Ashley (1987) projetaram sistemas de raciocínio baseado em casos para dar suporte a argumentos legais.” (LUGER, 2013, p. 271). ”

Tecnicamente, a inteligência artificial possui um axioma em três partes, a Computação Cognitiva, a Inteligência Artificial em si e o Aprendizado de Máquina, sendo resultante desses requisitos, algo conhecido como Revisão Assistida por Tecnologia, cujo acrônimo em inglês é TAR. Este é o processo de extrair pontos de dados relevantes de conjuntos de dados não estruturados, como documentos legais ou contratos até a posterior tomada de decisão.

A Computação Cognitiva (CC) auxilia na tomada de decisão humana, caracterizada por capacidades não-supervisionadas de aprendizado e interação em tempo real. Abrangem aprendizado de máquina, inferência automatizada, processamento de linguagem natural, reconhecimento de fala e visão computacional. A Machine Learning (ML) ou Aprendizado de Máquina é um conjunto de classes definidas para operações de dados e está continuamente se reprogramando com os dados mais recentes disponíveis. A Inteligência Artificial (IA) é um conjunto mais amplo de algoritmos e técnicas que emprega o poder de ML para tomar decisões melhores e mais rápidas do que os humanos.

George Luger afirma que a IA pode ser conceituada como a área da computação que imita o comportamento inteligente e o transporta para softwares e equipamentos, resolvendo diferentes problemas e objetivando a interação e o comportamento humano (Luger, 2004, p. 22) ou, numa definição mais técnica, como o estudo dos mecanismos subjacentes ao comportamento inteligente por meio da construção e da avaliação de artefatos que tentam representar esses mecanismos (LUGER, 2013, p. 574).

A IA no universo jurídico tem como um de seus casos de sucesso uma solução da Internacional Business Machines, mais conhecida por sua sigla IBM. A IBM criou uma ferramenta de IA chamada de Watson que é capaz de ser treinada para desempenhar as mais diversas funções. Uma variante do Watson é o aplicativo ROSS, desenvolvido para que os advogados pesquisem fazendo perguntas em linguagem natural, assim como seriam realizadas entre juristas. Por ser construída sobre um sistema de computação cognitiva, o ROSS é capaz de filtrar mais de um bilhão de documentos pertinentes de texto por segundo, atuando especificamente no âmbito do direito, ele realiza sua pesquisa no ordenamento jurídico, na jurisprudência, doutrina e demais fontes do direito, retornando com respostas hierarquizadas por pertinência contextual embasada por todas as fontes disponíveis, sendo resultante, também em linguagem natural, a passagem exata do que o operador de direito precisa (BUSINESS, 2017).

2. PRINCIPAIS ÁREAS DE ATUAÇÃO DA IA NO DIREITO.

Embasamento jurídico – Entendendo os principais pontos do processo, como o pedido, causa de pedir, pertinência da fundamentação jurídica diante do nexos de causalidade, entre outros;

- Aquisição/fusão corporativa – Ajudando na revisão de contrato, pesquisa jurídica e descoberta eletrônica;
- Tecnologia de previsão e análise jurídica – Prevendo resultados de litígios;
- Argumentação em diferentes lados de um problema – Permitindo aos advogados preverem os argumentos de um advogado adversário;
- Jurimetria – Usando dados de jurisprudências anteriores, taxas de ganhos e perdas e histórico de um juiz ou tribunal para serem usados em tendências e padrões;
- Propriedade intelectual (PI) – Orientando advogados na análise de grandes portfólios de PI, obtendo percepções do conteúdo;
- Cruzamento de dados – Calculando horas faturáveis dos advogados ou analisando casos e cenários aos quais uma ou ambas as partes já se envolveram.

3. CASOS PRÁTICOS DE APLICAÇÕES DA IA

A JPMorgan Chase & Co. é uma das instituições líderes mundiais em serviços financeiros e a terceira maior empresa do mundo, com ativos que somam algo próximo a U\$\$ 2,3 trilhões (FACTSET, BLOOMBERG, 2018). A JPMorgan desenvolveu um software chamado COIN. Segundo a própria empresa, este software extrai atributos significativos de contratos em alguns segundos e ajuda na aquisição corporativa, análise de risco, na revisão de contrato, pesquisa jurídica e descoberta eletrônica. Segundo a empresa, a atividade que antes levava 36.000 horas e necessitava de grande alocação de recursos humanos e financeiros, hoje leva apenas alguns segundos para ser realizados.

Um estudo conduzido pela LawGeex, plataforma legal de IA, em parceria com professores de Direito da Universidade de Stanford, da Faculdade de Direito da Universidade de Duke e da University of Southern California, foram convidados 20 advogados experientes que iriam atuar contra um software de IA treinado para avaliar contratos legais. Os concorrentes receberam quatro horas para revisar cinco acordos de não divulgação (NDAs) e identificar 30 questões legais, incluindo arbitragem, confidencialidade de relacionamento e indenização. Eles foram pontuados pela precisão com que identificaram cada problema. Os advogados humanos obtiveram, em média, uma taxa de precisão de 85%, enquanto a IA alcançou 95% de precisão. Enquanto a completou a tarefa em 26 segundos, os advogados humanos levaram 92 minutos em média. A IA também alcançou 100% de precisão em um contrato, no qual o advogado humano de maior pontuação obteve apenas 97% (CHIN, 2018).

No escritório de direito Urbano Vitalino, localizado no Recife, Pernambuco, foi implantado o sistema Watson, da IBM. Segundo o Diretor Executivo do escritório, Cristiano Sobral, o

programa será capaz de buscar jurisprudência acerca de casos específicos em todo o Brasil, segmentando tudo por comarcas, tribunais superiores e até juízes individualmente. “A nossa ideia é que ela possa subsidiar os advogados em jurisprudência. O juiz é obrigado por lei a decidir e fundamentar a decisão. Saber o que esse juiz já decidiu sobre determinado tipo de processo beneficia a gente”.

Afirmando que a expectativa de acerto humano está entre 70 e 80% e que o uso da IA deverá alcançar até 95% de acerto (MÜLLER, 2017).

O SAPIENS é um Gerenciador Eletrônico de Documentos (GED) que se destina a facilitar o trabalho do procurador, tornando mais rápida e simplificada a produção de peças, automatizando e eliminando a necessidade de registro manual da produção jurídica. Trata-se de ferramenta que auxilia, inclusive, na tomada de decisão, sugerindo teses jurídicas cabíveis em cada caso concreto. Possui recursos de apoio à produção de conteúdo jurídico e de controle de fluxos administrativos, focado na integração com os sistemas informatizados do Poder Judiciário e do Poder Executivo brasileiro, objetivando simplificar rotinas e expedientes, além de auxiliar, com suas ferramentas de inteligência e na elaboração de documentos.

O SAPIENS é capaz de elaborar dossiês judiciais e inclui operações como: captura de documentos (textos, imagens, vídeos, gravações sonoras, mensagens de correio eletrônico, páginas web, bases de dados, dentre outras), aplicação do plano de classificação, controle de versões, controle sobre os prazos de guarda e destinação, armazenamento seguro desses dados (AGU, 2014).

O SAPIENS demonstra que é possível utilizar tecnologia auxiliada pela IA não só voltada às empresas privadas, mas também aos entes públicos. Demonstrou capacidade de escalonamento das tarefas repetitivas, aceleração dos processos pela automação e também na tomada de decisão. Com ganhos gerados pelas informações mais detalhadas e precisas, proporcionou aos operadores do direito determinar a ação mais adequada.

A 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) julgou, 280 processos em menos de um segundo, todos os processos foram julgados. Após a implementação da ferramenta Radar, que identificou e separou recursos com idênticos pedidos identificados com o auxílio de tecnologia da informação e vertentes da inteligência artificial (TJMG, COMUNICAÇÃO INSTITUCIONAL, 2018).

Depois que a ferramenta separa os recursos, é montado um padrão de voto que contempla matéria já decidida pelos Tribunais Superiores, ou pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Assim, depois que o incidente é julgado, a mesma decisão deve ser aplicada a todas as outras ações judiciais do mesmo teor.

Um esboço de voto é apresentado ao desembargador relator, que tem a possibilidade de fazer alterações e imprimir seu traço pessoal ao texto. Feitas as correções, a máquina já identifica os recursos iguais e procede ao julgamento conjunto, em questão de segundos.

O Radar também possui a capacidade de taquigrafia digital, que permite a transcrição imediata dos áudios gravados de forma automatizada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos concluir que o resultado da implementação da IA causou a diminuição de tempo de análise e esforço repetitivo dos operadores jurídicos, sem, contudo, haver perda na qualidade dos serviços prestados, com a diminuição de riscos.

Evidenciou-se o elevado índice de assertividade nas tomadas de decisão diante capacidade cognitiva automatizada. Quando usada com foco na jurimetria, apresentou vantagens estratégicas ao prever resultados baseados em probabilidades estatísticas jurisprudenciais e resultou em diminuição de incertezas e beneficiou diretamente a tomada de decisão. Quando aplicada em casos de IRDR, identificou, analisou e decidiu centenas de processos em alguns segundos, de modo automatizado.

As ferramentas de IA otimizam as tarefas cotidianas e auxiliam na organização dos dados para consultas e análise preditivas e, através de seus resultados, ajudam a mensurar riscos, dentre outros insights.

É pertinente afirmar que as soluções baseadas em IA não se propõem a substituir a atividade operadores do direito. Ponderar a melhor estratégia, a elaboração dos argumentos, a redação final e diligenciamento necessário ao processo cabem aos juristas, sendo estes os detentores reais da decisão que apenas foi subsidiada tecnologicamente. Ao enfrentar a pesada tarefa da pesquisa, as ferramentas de IA liberam os juristas para atuar com o foco justamente no diferencial criativo e humano, importando diretamente na diminuição tempo e qualificação do desforço empreendidos. Dito isto, pode-se concluir que a atuação jurídica se daria de forma mais célere, o que diminui em médio ou longo prazo, proporcionando menores custos operacionais, que tenderiam a ser repassados aos clientes finais, sem que haja perda na qualidade de atendimento, traduzindo-se em efetividade da justiça nos processos judiciais.

REFERÊNCIAS

AGU. SAPIENS - SISTEMA AGU DE INTELIGÊNCIA JURÍDICA. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.AGU.GOV.BR/PAGE/CONTENT/DETAIL/ID_CONTEUDO/266561](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/266561)>. ACESSO EM: 15 DEZ. 2018.

BARBOSA, RUI. ORAÇÃO AOS MOÇOS - EDIÇÃO POPULAR ANOTADA POR ADRIANO DA GAMA KURY. 5. ED. , 2015.

BUSINESS, IBM COGNITIVE. HOW WATSON HELPS LAWYERS FIND ANSWERS IN LEGAL RESEARCH - ROSS INTELLIGENCE TAKES WATSON TO LAW SCHOOL. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://MEDIUM.COM/COGNITIVEBUSINESS/HOW-WATSON-HELPS-LAWYERS-FIND-ANSWERS-IN-LEGAL-RESEARCH-672EA028DFB8](https://medium.com/cognitivebusiness/how-watson-helps-lawyers-find-answers-in-legal-research-672ea028dfb8). ACESSO EM: 12 DEZ. 2018.

CHIN, MÔNICA. AN AI JUST BEAT TOP LAWYERS AT THEIR OWN GAME. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://MASHABLE.COM/2018/02/26/AI-BEATS-HUMANS-AT-CONTRACTS/#HQS3ERd9YkQP](https://mashable.com/2018/02/26/ai-beats-humans-at-contracts/#HQS3ERd9YkQP). ACESSO EM: 13 DEZ. 2018.

COELHO, ALEXANDRE Z. AS 7 TENDÊNCIAS PARA O USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO EM 2018. P. 1-29, 2018. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.THOMSONREUTERS.COM.BR/CONTENT/DAM/OPENWEB/DOCUMENTS/PDF/BRAZIL/WHITE-PAPER/AS_7_TENDÊNCIAS_PARA_O_USO_DA_INTELIGENCIA_ARTIFICIAL_EM_2018.PDF](https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/openweb/documents/pdf/brazil/white-paper/as_7_tendencias_para_o_uso_da_inteligencia_artificial_em_2018.pdf).

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. JUSTIÇA EM NÚMEROS 2018: ANO-BASE 2017. P. 212, 2018. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.CNJ.JUS.BR/FILES/CONTEUDO/ARQUIVO/2018/08/44B7368EC6F888B383F6C3DE40C32167.PDF](http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf).

FACTSET, BLOOMBERG, S & P CAP IQ; FORBES. JPMORGAN CHASE. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.FORBES.COM/COMPANIES/JPMORGAN-CHASE/#468D40AF9FA9](https://www.forbes.com/companies/jpmorgan-chase/#468d40af9fa9). ACESSO EM: 20 DEZ. 2018.

GOMES, EDUARDO H. ET AL. PERSONALIZAÇÃO DO E-LEARNING BASEADO NO NÍVEL DE AQUISIÇÃO DE CONHECIMENTOS DO APRENDIZ. N. CBIE, P. 637–646, 22 NOV. 2013. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.BR-IE.ORG/PUB/INDEX.PHP/SBIE/ARTICLE/VIEW/2542](http://www.br-ie.org/pub/index.php/sbie/article/view/2542). ACESSO EM: 5 FEV. 2014.

LUGER, GEORGE F. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL. ESTRUTURAS E ESTRATÉGIAS PARA A SOLUÇÃO DE PROBLEMAS COMPLEXOS. 4. ED. [S.L: S.N.], 2004.

LUGER, GEORGE F. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL. 6. ED. SÃO PAULO, 2013.

MÜLLER, LEONARDO. ADVOGADA ROBÔ FACILITA TRABALHO DE HUMANOS EM ESCRITÓRIO BRASILEIRO. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.URBANOVITALINO.COM.BR/ADVOGADA-ROBO-FACILITA-TRABALHO-DE-HUMANOS-EM-ESCRITORIO-BRASILEIRO/](https://www.urbanovitalino.com.br/advogada-robo-facilita-trabalho-de-humanos-em-escritorio-brasileiro/). ACESSO EM: 26 DEZ. 2018.

NERY JR, NELSON; NERY, ROSA MARIA DE ANDRADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMENTADA E LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL. 6. ED., 2017.

SOUZA, CARLOS AURÉLIO MOTA DE. SEGURANÇA JURÍDICA E JURISPRUDÊNCIA: UM ENFOQUE FILOSÓFICO-JURÍDICO. 1. ED. SÃO PAULO, 1996.

TJMG, COMUNICAÇÃO INSTITUCIONAL, ASSESSORIA DA. TJMG UTILIZA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL EM JULGAMENTO VIRTUAL. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.TJMG.JUS.BR/PORTAL-TJMG/NOTICIAS/TJMG-UTILIZA-INTELEGENCIA-ARTIFICIAL-EM-JULGAMENTO-VIRTUAL.HTM](https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-artificial-em-julgamento-virtual.htm).

ACESSO EM: 20 DEZ. 2018.

POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DOS ELEMENTOS DA DEMANDA APÓS A FASE DE SANEAMENTO (CPC/2015, ART.329): UMA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO DINÂMICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Vinícius Wanderley Soares Cavalcanti (Direito/UNINASSAU)175
Orientador(a): Dra. Prof^a. Rosalina Freitas Martins de Sousa

Resumo: A lei 13.105 de 2015 altera de maneira substancial o desenrolar processual até então proposto pelo código de 1973, as novidades contidas, de maneira genérica, visam demonstrar a nova perspectiva processual. Nos termos do art. 329, I do CPC, o autor poderá, até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu. Não tendo ainda sido formada a relação processual tríplice – o que só se concretiza com a citação válida do réu – haveria liberdade absoluta para o autor modificar os elementos subjetivos (partes) e objetivos (causa de pedir e pedido) da demanda. Por outro lado, ultimada a citação também não é possível se falar em estabilidade definitiva da demanda. É que o pedido e a causa de pedir poderão ser alterados pelo autor até o saneamento do processo, desde que haja concordância do réu (CPC, art. 329, II). Após o saneamento do processo, ocorre a estabilização objetiva definitiva, sendo vedadas alterações objetivas da demanda. É isso que se extrai de uma interpretação mais literal do art. 329 do CPC. Entretanto, com o advento do CPC/2015, essa estabilidade definitiva da demanda, extraível de uma leitura mais desavisada do texto do art. 329 do CPC, parece estar completamente divorciada do sistema que o próprio diploma processual instituiu. Os motivos são diversos. Se, por exemplo, o novo pedido for conexo ao pedido originário, não há razão para se vedar o aditamento da demanda mesmo após o saneamento, haja vista a possibilidade de reunião de processos em razão da conexão. De fato, se o pedido for apresentado em demanda autônoma, os processos haveriam de ser reunidos por conexão (CPC, art. 55, §1º). É sabido, também, que autor e réu podem acrescentar, em eventual autocomposição, lide que não componha o objeto litigioso originário (CPC, art. 515, §2º). Trata-se de uma ampliação do objeto litigioso do processo, ainda que apenas para fazer o acordo. Não se pode olvidar, ademais, do art. 190 do CPC, que consagra a negociação processual atípica. Nesse sentido, o art. 329 do CPC traria uma incompreensível limitação a essa possibilidade. A possibilidade de a parte pedir a desconsideração da personalidade

175 Graduando em Direito, UNINASSAU, viniciuswscavalcanti@gmail.com.

jurídica na instância recursal (CPC, art. 134) é também uma mitigação à estabilização objetiva do processo. Aqui, há, inegavelmente, uma ampliação do objeto litigioso, com a formulação de pedido de aplicação da sanção da desconsideração da personalidade jurídica. É preciso consignar, ainda, que o art. 264, parágrafo único, do CPC/1973, era enfático ao proibir a alteração do objeto litigioso após o saneamento, mesmo com o consentimento das partes. O diploma processual revogado previa expressamente que tal não seria possível "em nenhuma hipótese". O CPC/2015, no entanto, não repetiu a referida previsão normativa. Não se estaria diante de um silêncio eloquente?! Por todas essas razões, o presente trabalho, utilizando-se dos métodos históricos, monográficos, dialéticos, coletando bibliografias inerentes ao tema direito civil e processual civil, além de literatura e doutrina pertinente, se propõe a demonstrar que é possível a alteração da demanda mesmo após o saneamento.

Palavras-chave: Estabilização. Saneamento. Objeto. Demanda.

Abstract: The law 13.105 of 2015 substantially alters the procedural process hitherto proposed by the Code of 1973, the novelties contained, in a general way, aim to demonstrate the new procedural perspective. In accordance with art. 329, I of the CPC, the author may, until the summons, add or change the request or cause of request, regardless of the defendant's consent. Since the three-way relationship has not yet been formed - which only takes place with the valid citation of the defendant - there would be absolute freedom for the author to modify the subjective elements (parts) and objectives (cause of request and request) of the claim. On the other hand, finalizing the citation is also not possible to speak of definitive stability of demand. It is that the request and the cause of request can be changed by the author until the reorganization of the process, provided there is agreement of the defendant (CPC, article 329, II). After the process is reorganized, definitive objective stabilization occurs, and objective changes in demand are forbidden. This is what is drawn from a more literal interpretation of art. 329 of the CPC. However, with the advent of CPC / 2015, this definitive stability of demand, which can be extracted from a more unaware reading of the text of art. 329 of the CPC, seems to be completely divorced from the system that the procedural law itself instituted. The reasons are diverse. If, for example, the new application relates to the original application, there is no reason to close the claim even after the reorganization, given the possibility of a merger of processes. In fact, if the request is filed in an autonomous demand, the proceedings would be gathered by connection (CPC, article 55, §1). It is also known that the author and defendant may add, in an eventual self-composition, that he does not compose the original contentious object (CPC, article 515, §2). This is an extension of the subject matter of the case, although only to make the agreement. One can not forget, in addition, of art. 190 of the CPC, which establishes atypical procedural negotiation. In this

sense, art. 329 of the CPC would be an incomprehensible limitation to that possibility. The possibility of the party requesting the disregard of the legal personality in the appeal court (CPC, article 134) is also a mitigation to the objective stabilization of the process. Here, there is undoubtedly an extension of the contested object, with the formulation of a request for application of the sanction of the disregard of the legal personality. It should also be noted that art. 264, sole paragraph of CPC / 1973, was emphatic in prohibiting the alteration of the subject matter after sanitation, even with the consent of the parties. The revoked procedural provision explicitly stated that this would not be possible "under any circumstances". The CPC / 2015, however, did not repeat the aforementioned normative forecast. Would not that be an eloquent silence?! For all these reasons, the present work, using historical, monographic, dialectical methods, collecting bibliographies inherent to the subject civil and civil procedural law, in addition to literature and relevant doctrine, proposes to demonstrate that it is possible to change the same demand after sanitation.

Keywords: Stabilization. Sanitation. Object. Demand.

INTRODUÇÃO

O diploma normativo trazido pela redação da lei 13.105 de 2015, traz uma nova perspectiva para os atos processuais que ecoam no desenrolar do processo de um modo geral, refere-se a instrumentalidade do processo para o exercício do direito subjetivo de ação.

Os dispositivos do código de processo civil enaltecem pontos de fomento aos negócios processuais, formas alternativas e adequadas de resolução de conflitos, quebra com a rigidez dos procedimentos do código da década de setenta e flexibiliza para o alcance do objetivo da via processual que é a entrega do bem da vida.

O processo civil na perspectiva vigente promove formas alternativas de resolução de conflitos de maneira a buscar adequação da via processual ao objeto levado aos cuidados do poder judiciário.

Espalhados pelo diploma normativo se encontram diversos dispositivos que demonstram a nova visão para os procedimentos e processos no ordenamento jurídico brasileiro, na ideia de inovação, o dizer direito (jurisdição) se apresenta como um instrumento flexível para o alcance do mérito.

Entre as principais mudanças no processo civil está o empoderamento das partes e a valorização dos negócios processuais como meios de dirimir os litígios jurídicos, agora, autor e réu atuam de forma mais participativa e contributiva para o juízo de mérito, não apenas cumprem prazos e formalidades, como também dão forma ao processo a fim de se chegar a resolução de seus conflitos.

Ainda no trato das mudanças do cenário processual civil, o art. 329, CPC/2015 traz em sua redação aberturas e questionamentos referentes aos procedimentos para alteração dos elementos da demanda e o parâmetro para a operação do fenômeno da estabilização.

A presente pesquisa tem por finalidade apresentar ponderações doutrinárias pertinentes e suscitar questionamentos que cerceiam a temática da estabilização da demanda e alteração dos elementos da ação no Novo Código de Processo Civil.

Chamar para o debate o exercício da hermenêutica para a busca e eventual alcance da intenção do legislador, destacando os dispositivos que tratam direta e indiretamente do tema objeto desse trabalho, a fim de promover uma análise sistemática do Código de Processo Civil.

Portanto, apontar que pela melodia e harmonia do código e para propiciar o emprego das novidades e perspectiva processual atual, elucidando a relativização da operação do fenômeno da estabilização e valorização no Novo Código de Processo Civil dos negócios processuais, é possível a alteração dos elementos da demanda mesmo após a fase de saneamento.

1. BASE NORMATIVA E PRELIMINARES DA TEMÁTICA

A exploração da temática da presente pesquisa parte do artigo 329 do Código de Processo Civil vigente, bem como de suas implicações incidentes no desenrolar processual. É o que prevê:

Art. 329. O autor poderá:

I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu;

II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir. (BRASIL, Lei 13.105/2015).

O artigo explicita o momento em que o autor poderá fazer alterações do objeto da demanda, seja dos elementos subjetivos ou objetivos, destacando as condições e a fase do processo em que ele será livre para fazer os ajustes do objeto da demanda.

Desse modo, sabe-se que o autor poderá até a citação aditar ou alterar o pedido ou causa de pedir, sem o consentimento do réu, uma vez que o processo do ponto de vista subjetivo ainda

não amadureceu e a tríplice necessária para que exista a relação processual civil de maneira formal ainda não ocorreu, o que só ocorrerá após a devida citação do réu.

Realizada a citação e portanto estando formado o processo civil, o autor está limitado a condição de consentimento do réu, agora parte do processo, para aditar ou alterar o pedido ou causa de pedir, dispondo até a fase de saneamento para realizar o aditamento ou alteração, garantido o contraditório e a depender do que for incluído ou mudado na causa de pedir e pedido da demanda, ficará facultado o requerimento de prova suplementar para consubstanciar a alteração ou aditamento.

Nos termos do art. 329, II, do Novo CPC, o réu terá um prazo de no mínimo 15 dias para se manifestar sobre a ampliação (emendatio libelli) ou modificação (mutatio libelli) objetiva da demanda. A previsão expressa de faculdade do réu em requerer a produção de prova suplementar disse menos do que deveria, porque, admitindo a ampliação ou modificação objetiva da demanda, o réu não só tem direito – e não faculdade – de produzir provas suplementares, mas também de aditar sua contestação nos limites da modificação ou ampliação realizada pelo autor. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. 2017, p. 556).

Nesse sentido se percebe que o autor possui de duas possibilidades diferentes variando conforme o momento processual em que será feita a alteração do objeto da demanda. Inicialmente o autor dispõe de uma possibilidade absoluta, ou seja, até o momento da citação a autor tem o poder absoluto de alterar o pedido ou causa de pedir, pois não depende e não está condicionado ao consentimento do réu.

No entanto, realizado o ato citatório o autor dispõe de uma possibilidade agora relativa, haja vista que sendo feito o aditamento ou alteração do pedido ou causa de pedir entre a citação e a fase de saneamento o autor dependerá do consentimento do réu para transmutar o objeto da demanda.

2. PONDERAÇÃO DOS DISPOSITIVOS ADJACENTS E CORELATOS AO ART. 329, CPC/15

Na conjuntura do Código de Processo Civil existem alguns artigos que carecem de atenção para uma análise mais responsável do artigo em comento, são artigos que tratam de pontos que convergem com a fase de saneamento, com o poder do autor, enquanto parte e até mesmo da estabilização da demanda.

O professor e doutrinador Fredie Didier Jr., lista de maneira didática e clara os dispositivos e atos processuais que rodeiam a temática e problemática trazida pelo 329, que corroboram para a elucidação de pontos como: o fático momento processual da estabilização e as implicações da alteração dos elementos subjetivos e objetivos da demanda processual.

Preliminarmente é importante compreender a estabilização como um fenômeno processual que delimita a atuação das partes para alterar os elementos subjetivos e objetivos da demanda. Entende-se por estabilização o amadurecimento da tríplice relação processual, de modo que em decorrência desse amadurecimento não seria mais permitido alteração de qualquer natureza do objeto da demanda.

Dessa forma, seriam três os momentos a serem considerados no tocante à estabilidade objetiva da demanda: (a) antes da citação não há qualquer estabilização, podendo o autor modificar livremente seu pedido e sua causa de pedir; (b) da citação ao saneamento do processo, haverá um estabilidade condicionada, podendo o autor modificar o pedido e a causa de pedir desde que conte com a anuência do réu; (c) após o saneamento do processo ocorre a estabilização objetiva definitiva, sendo proibida em qualquer hipótese as alterações objetivas da demanda. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. 2017, p. 556).

Destes três momentos a serem considerados para a estabilização objetiva da demanda, pode-se retirar dois aspectos deste fenômeno em contraponto a possibilidade de alteração dos elementos da demanda, como exposto no parágrafo a seguir.

Até a citação o autor dispõe da possibilidade absoluta de alteração e a estabilização é inexistente, feita a citação, e integrado o polo passivo ao processo, dispõe-se da possibilidade relativa de alteração e agora a estabilização objetiva é parcial até a fase de saneamento e pela literalidade do código, após a fase de saneamento a possibilidade de alteração é inexistente e a estabilização objetiva agora é absoluta.

No tocante aos elementos objetivos da demanda (pedido e causa de pedir), a citação não gera a estabilização definitiva da demanda, considerando-se que, pela regra prevista no art. 329, II, do Novo CPC, o pedido e a causa de pedir poderão ser alterados pelo autor até o saneamento do processo, desde que com isso concorde o réu, sendo que para considerável parcela doutrinária essa concordância pode até mesmo ser tácita, ainda que exista decisão do Superior Tribunal de Justiça que indevidamente exija anuência expressa. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. 2017, p. 556).

Feita tais consideração, segue-se as ponderações referentes aos dispositivos adjacentes que interessam ao alimento do debate da problemática desta pesquisa. Para que se chegue a uma conclusão e entendimento viável do artigo que é objeto deste trabalho, é necessário compreender quando ocorre de fato a estabilização da demanda de modo que realmente não seja possível se falar em alteração de seus elementos, ainda que somente objetivos.

E ainda, mesmo ocorrendo a estabilização absoluta, analisar a extensão da perspectiva participativa das partes para realizar negócios processuais de maneira incidental para resolver seus litígios dentro do poder judiciário.

2.1 DA RELATIVIDADE DO MOMENTO DA ESTABILIZAÇÃO ABSOLUTA DA DEMANDA

Do rol de dispositivos destacados pelo professor Fredie Didier Junior a serem averiguados para a análise completa do caso, se pode dividir em dois grupos distintos, o primeiro como já iniciado, são os dispositivos que tratam da estabilização e outros que circunscrevem a temática de estabilização de forma indireta e o segundo, a ser dissertado mais adiante no texto desse trabalho, são os artigos que regem os negócios jurídicos processuais que são os que incidem no decorrer do processo civil.

Inicialmente verificar a ocorrência do fenômeno da conexão na duração do processo, mesmo depois da fase de saneamento sendo o novo pedido conexo ao pedido original da demanda não há motivos para impedir a alteração dos elementos objetivos da demanda, visto que se apresentados em ação distinta os processos seriam reunidos pelo fenômeno processual da conexão, (DIDIER, 2017). E apenas se geraria mais custos ao Poder judiciário.

Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.

§ 1º Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado. (BRASIL, Lei 13.105/2015).

Em continuação da relatividade da estabilização após a fase de saneamento, vale salientar a hipótese trazida pelo art. 134 do CPC/2015, que trata especificamente da possibilidade de se peticionar a desconsideração da personalidade jurídica em sede recursal, ou seja, após a fase de saneamento e portanto, pela literalidade do código, ocorrida a estabilização definitiva.

Em que pese ocorrer a aplicação da sanção de desconsideração da personalidade jurídica, há então uma ampliação do objeto litigioso e por conseguinte alteração do objeto da demanda, (DIDIER, 2017).

Nesse sentido, levando-se em consideração as hipóteses dos artigos supramencionados, infere-se que a operação do fenômeno processual da estabilização fica relativizado e portanto, a fase de saneamento não seria o ponto final para a possibilidade de alteração dos elementos da demanda.

2.2 DA INCIDÊNCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NA ALTERAÇÃO DOS ELEMENTOS DA DEMANDA.

Já no que tange aos dispositivos que preconizam sobre a temática de negócios jurídicos, é estratégico iniciar pelo artigo 515 do código de processo civil que em seu parágrafo segundo trata da hipótese de autocomposição em que as partes podem acrescer a demanda com objeto litigioso divergente do originário.

Consoante com a capacidade de negociação das partes, defendida no diploma normativo processual civil, pode-se citar ainda a importância do artigo 190 do CPC/15 para a análise crítica da problemática aludida nesta pesquisa, o artigo supramencionado trata exatamente da negociação processual atípica.

É realmente difícil entender essa vedação; parece um fóssil legislativo, remanescente de um sistema anterior; incompatível com o sistema atual, que permite a negociação processual. É, enfim, inegavelmente, uma regra que restringe a negociação processual, pois, ao regular um negócio processual típico, impõe os seus limites. (DIDIER Jr. Fredie. 2017, p. 667).

Pela dicção desse dispositivo as partes possuem o direito de alterar o objeto litigioso de maneira consensual para dirimir suas questões litigiosas na demanda, mesmo após a fase de saneamento, que demarca a estabilização definitiva objetiva da ação, trazendo à tona mais uma vez a relatividade da estabilização definitiva da demanda após esta fase do processo.

3. DINAMISMO INTERPRETATIVO DOS DISPOSITIVOS: O pingo nos “Is”

Em vista do que foi dissertado até aqui, é oportuno trazer um novo prisma analítico para acompanhar o trato desta temática. Uma vez apontados os dispositivos que anunciam e prenunciam a estabilização e a possibilidade de as partes realizarem atos processuais que influenciam na alteração do objeto da ação, resta agora analisá-los de forma sistemática e atentar para a hermenêutica do artigo 329.

Fazendo uma comparação colocando o código de setenta e o código de dois mil e quinze e seus respectivos artigos que tratam sobre a alteração dos elementos da demanda, ficará notório uma sutil, porém substancial mudança na redação.

Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.

Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo. (BRASIL, Lei 5.925/1973).

Pela redação do código revogado, resta mais do que claro a vedação a alteração dos elementos objetivos da demanda judicial. O legislador destaca em parágrafo único que nenhuma hipótese seria aceita após a fase de saneamento, e diante de tal menção expressa não haveria o que se discutir nesse sentido.

No entanto, em leitura do atual artigo 329, CPC/15 que trata do mesmo assunto, a vedação expressa por parte do legislador não mais existe, o que faz surgir alguns questionamentos

pertinentes. Se trata de uma omissão legislativa? Um lapso de esquecimento? Seria, portanto, uma lacuna legislativa?

A priori, o código de setenta e três não tinha a mesma preocupação e visão processual trazida e defendida na redação da lei 13.105/2015. O novo código de processo civil realça pontos de incentivo a negociação processual, meios diversos que se modulem a demanda judicial litigiosa para solucioná-las, seja de maneira judicial ou extrajudicial.

Tanto que a audiência de conciliação ou mediação (art. 334, CPC/15) que acontecia de maneira incidental, caso as partes requeressem, agora pelo atual diploma normativo processual civil é uma audiência inaugural, levando, quase que obrigatoriamente, as partes a uma atmosfera conciliatória, e ainda assim sendo rejeitada a conciliação ou mediação no início do processo, autor e réu ainda podem requerer de forma incidental a qualquer tempo. Vale salientar ainda, sem se aprofundar, a possibilidade trazida pelo art. 190, CPC/15 que em seu texto denota certo empoderamento das partes, uma vez que dispõem dos procedimentos adotados no processo. O legislador deixa lúcido que o ajustes nos procedimentos em face das especificidades da causa podem ser feitos enquanto durar o processo.

Nesse sentido, empregando uma interpretação sistemática do Código de Processo Civil de 2015, pode-se concluir que a ausência da vedação expressa do legislador ao tratar da estabilização foi um silêncio eloquente, pois na verdade existem outros artigos lastreados pelo CPC que fazem inferir a negociação processual, a participação das partes, e a busca pelas formas mais adequadas de resolução dos conflitos como caminhos a serem adotados durante o processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo civil em sua forma hodierna se caracteriza muito mais pelo pragmatismo e objetividade do que propriamente uma supervalorização dos procedimentos do código, tornando o processo mais flexível com a principal finalidade de resolver as ações judiciais.

Foi acompanhado no passado que a postura engessada da roupagem processual já revogada impedia, por vezes, que determinada demanda durasse menos tempo que o realmente necessário e que as partes chegassem a uma conclusão verdadeiramente satisfatória.

O Novo Código de Processo Civil se apresenta como novidade, pois traz uma nova versão para o processo e procedimentos, com dispositivos que permitem ator e réu de colaborarem para o alcance da solução dos litígios. Há no Código de Processo Civil de 2015 um apreço pelos negócios jurídicos em detrimento dos litígios jurídicos.

E este sentimento de respeito se justifica por diversos fatores que otimizam a realidade do poder judiciário, tanto no sentido de se chegar a resoluções ou sentenças viáveis cada vez

mais rápido quanto no sentido de se buscar eficiência processual durante este percurso e em consequência, economicidade de recursos financeiros.

A realidade processual proposta pelo código em vigor dá abrangência e espaço para a efetuação de negócios processuais, como já observado. Desde os artigos iniciais até os derradeiros demonstra atenção e mecanismo diversos para resolver demandas individuais e até mesmo de massa.

É bem verdade que pela LINDB em seu art. 4º a omissão legislativa não caracteriza de imediato uma permissão, é dada a orientação aos juízes que analisem conforme alguns critérios citados no próprio artigo da legislação mencionada.

Nesse sentido, compreende-se que a operação do direito coloca a interpretação enquanto arte como parte da aplicação da lei, de modo que nos casos como o do art. 329 CPC/15 o aplicador da lei realize uma hermenêutica responsável para se aproximar da intenção do legislador.

Sendo assim, adotando uma interpretação sistemática do código é possível retirar dos dispositivos mencionados que é possível e cabível a possibilidade de alteração dos elementos da demanda mesmo após a fase de saneamento, haja vista que preconizam flexibilidade dos procedimentos enquanto durar o processo, relativizam o momento em que se opera o fenômeno da estabilização, e apresentam fenômenos processuais como o da conexão que tornam possível as alterações dos elementos da ação mesmo após a fase de saneamento.

Portanto, diante do que foi percorrido no presente trabalho, resta esclarecido que uma vez compreendida a ótica do Novo Código de Processo Civil e tendo em observância seus dispositivos de maneira panorâmica; o art. 329, CPC/15 em contraponto ao art. 264, CPC/73 e com complemento dos artigos homólogos traz a possibilidade dos elementos da ação serem alterados pelas partes mesmo após o saneamento do processo.

REFERÊNCIAS

CRUZ E TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO. NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL INTRODUZ A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO. CONSULTOR JURÍDICO – CONJUR, [s.l.], 26, ABR. 2016. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.CONJUR.COM.BR/2016-ABR-26/PARADOXO-CORTE-CPC-INTRODUZ-AUDIENCIA-CONCILIACAO-OU-MEDIACAO](https://www.conjur.com.br/2016-abr-26/paradoxo-corte-cpc-introduz-audiencia-conciliacao-ou-mediacao). ACESSO EM: 11 DE NOV. 2018.

DIDIER JR., FREDIE. CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: INTRODUÇÃO AO DIREITO PROCESSUAL CIVIL, PARTE GERAL E PROCESSO DE CONHECIMENTO. 19. ED. – SALVADOR: EDITORA JUSPODIUM, V.1, 880 P., 2017, ISBN: 978-85-442-1010-9.

DONIZETTI, ELPÍDIO. NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMENTADO. 3. ED. REV. ATUAL. E AMPL. SÃO PAULO: ATLAS, 2018. ISBN 978-85-970-1672-7.

GONÇALVES, MARCUS VINÍCIUS RIOS. NOVO CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: TEORIA GERAL E PROCESSO DE CONHECIMENTO (1ª PARTE). 14. ED. – SÃO PAULO: SARAIVA, 2017. V. 1.

NEVES, DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO. MANUEL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: VOLUME ÚNICO. 10. ED. SALVADOR: EDITORA JUSPODIUM, 2017. P. 1.808, ISBN: 978-85-442-1944-7.

THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. CURSO DE DIREITO PROCESUAL CIVIL. 59. ED. REV., ATUAL. E AMPL. – RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2018. ISBN 978-85-309-7775-7.

SEÇÃO 7

A VALORAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL

ÔNUS DA PROVA INVERTIDO: RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA?

Priscila Cristina de Oliveira (Direito/UNINASSAU) 176

Vitor de Aquino Valões (Direito/UNINASSAU) 177

Orientador: Msc. Profº. Marcelo Santiago

Resumo: O presente trabalho tem por finalidade observar a quem incumbe o ônus da prova, o qual tem previsão legal no art. 156 do Código de Processo de Penal. Mediante a observância do “princípio constitucional da presunção de inocência”, previsto no art. 5, LVII da constituição federal de 1988, observamos que o réu presume-se inocente até que tenha sentença penal condenatória transitada em julgado. O princípio supracitado por ter previsão na norma superior deverá ter supremacia e assim reger a condução no processo de produção de provas. Todavia, em alguns casos surgem o questionamento sobre a possibilidade de ocorrer à relativização incumbindo o ônus da prova ao réu e a indagação sobre uma possível incoerência uma vez que a este se presume inocência. Sendo, neste caso, cabível a acusação quebrar essa presunção fazendo prova da materialidade e autoria do crime. Vista essa possível relativização surge o questionamento: sendo a constituição federal a norma superior deveria, neste caso, o ônus probatório reger-se em consonância com está, uma vez que o código de processo penal é uma norma infraconstitucional? Defronte de tal indagação a comprovação dos fatos é de responsabilidade da acusação assim, “O estado de inocência é indisponível e irrenunciável, constituindo parte integrante da natureza humana, merecedor de absoluto respeito, em homenagem ao princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana. (...) Noutros termos, a inocência é a regra; a culpa, a exceção. Portanto, a busca pelo estado excepcional do ser humano é ônus do Estado, jamais do indivíduo.” (NUCCI, 2012). Através do método dialético acrescido do etnográfico, etnológico e monográfico enfatizaremos a finalidade da prova: o livre convencimento do juiz a respeito da verdade que mais se aproxime a realidade dos fatos decorrente de um delito. É imprescritível, que a norma

¹⁷⁶ Graduanda em Direito, UNINASSAU priscilacristinadoliveira@gmail.com.

¹⁷⁷ Graduando em Direito, UNINASSAU, vav122@hotmail.com.

infraconstitucional ande em concordância com a Constituição Federal, valorando a presunção de inocência do acusado, que é a regra, imputando ao Estado comprovar a excepcionalidade dos fatos probatórios e comprovando a culpa deste através da materialidade e autoria do crime, só sendo cabível ao réu o ônus da prova em casos de excepcionalidade o qual chamará para si a responsabilidade do ônus para comprovar uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade.

Palavras-chave: Prova. Ônus da prova. Processo penal. Princípio constitucional.

Abstract: The purpose of this work is to observe who is responsible for the burden of proof, which has legal provision in art. 156 of the Code of Criminal Procedure. By observing the "constitutional principle of presumption of innocence", established in art. 5, LVII of the Federal Constitution of 1988, we note that the defendant is presumed innocent until he has a final criminal conviction. The aforementioned principle of having a forecast in the higher standard should have supremacy and thus govern the conduction in the process of production of evidence. Nevertheless, in some cases the questioning about the possibility of relativization occurs, imposing the burden of proof on the defendant and the question about a possible incoherence since he is presumed innocent. In this case, the prosecution may break this presumption by providing evidence of the materiality and authorship of the crime. In view of this possible relativization, the question arises: since the federal constitution is the higher norm, in this case, should the burden of proof be in line with this, since the code of criminal procedure is an smaller norm? Faced with such an inquiry, the evidence of the facts is the responsibility of the accusation thus: "The state of innocence is unavailable and inalienable, constituting an integral part of human nature, deserving of absolute respect, in honor of the regent constitutional principle of the dignity of the human person. (...) In other words, innocence is the rule; the fault, the exception. Therefore, the search for the exceptional state of the human being is the burden of the State, never of the individual "(NUCCI, 2012). Through the dialectic method added by the ethnographic, ethnological and monographic, we will emphasize the purpose of the proof: the free conviction of the judge regarding the truth that comes closest to the reality of the facts resulting from a crime. It is imperative that the infraconstitutional norm is in accordance with the Federal Constitution, valuing the presumption of innocence of the accused, which is the rule, imputing to the State to prove the exceptionality of the facts and proving the guilt of the latter through the materiality and authorship of the crime, only the burden of proof in cases of exceptionality is applicable to the defendant, which will call for the responsibility of the burden to prove an exclusion of illegality or guilt.

Keywords: Proof. Burden of Proof. Criminal proceedings. Constitutional principle.

INTRODUÇÃO

Diariamente no labor jurídico, a temática que geralmente recebe o centro das atenções é relacionada ao âmbito das provas. A prova é o instrumento probatório utilizado para convencimento do julgador. O ônus da prova é a quem incumbe comprovar tais alegações. O direito a prova tem garantia constitucional embasando-se no princípio do devido processo legal, previsto no art. 5, inciso LIV da constituição federal.

Analisando o art. 156 do código de processo penal em conjuntura com a constituição federal, valendo ressaltar que a constituição federal de 1988 busca valorizar a dignidade da pessoa humana, surgem o questionamento relacionado à possibilidade de relativizar a aplicabilidade do ônus da prova à defesa, uma vez que a este acusado presume-se a inocência indaga-se: o porquê deste necessitar comprovar o seu estado no âmbito judiciário.

Sabe-se que na ação penal pública o Ministério Público assume a posição ativa no processo penal, em virtude do art. 129, I da Constituição da República Brasileira de 1988. O MP é um órgão estatal, que tem suas atividades de controladas e fiscalizado, sendo uma de suas competências promover a ação penal, sem prejuízo da atuação como fiscal da lei. Sendo este parte da ação a ele será incumbido à comprovação dos fortes indícios de autoria e materialidade do fato ocorrido, ônus probante.

Observaremos que a parte acusada assumirá o encargo probatório buscando roborar seu estado natural de inocência, através da evidenciação das excludentes de ilicitude e de culpabilidade. No curso deste artigo demonstraremos que no caso específico não ocorre à relativização do princípio constitucional de presunção de inocência, posto que o réu demonstrar a excepcionalidade, ficando a encargo do MP/querelante expor os fatos ocorridos no crime os interligando ao acusado.

Sabendo-se que caso o juiz após a narração dos atos pelas partes não consiga formar seu juízo de certeza poderá solicitar, de ofício, novas diligências e se depois de sanadas suas demandas persistirem as dúvidas, este respeitando a presunção de inocência deverá decidir com base no *princípio in dubio pro reo*.

1. A PROVA NO PROCESSO PENAL¹⁷⁸

A prova é o meio que conduz a reconstrução de um fato passado buscando comprovar a verdade, objetivando instruir o julgador.

"A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos

fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.” (PACELLI, 2017, p. 173).

Logo, o instituto da prova, considerada a alma do processo, é o pilar para todo o ordenamento jurídico penal, o recurso utilizado para corroborar com os fatos alegados pelas partes e será o instrumento pelo qual o juiz formará sua convicção.

A fase no qual ocorre a construção das provas geralmente é a judicial, uma vez que permite às partes a manifestação, catando o princípio constitucional do contraditório e ampla defesa, previsto no art. 5, inciso LV da Constituição Federal. Possibilitando ao acusado ser julgado pelas provas produzidas mediante as alegações a acusação e da defesa, defronte de um juiz competente, respeitando todas as garantias.

Em disciplina com o art. 155 do código de processo penal observa-se que: o juiz deverá formar seu juízo de certeza com base nas provas produzidas no curso da ação penal. Não podendo, neste caso, fundamentar sua decisão baseando-se apenas nos autos produzidos no inquérito policial, em virtude deste cursar numa fase inquisitória, o qual não é cabível o contraditório e ampla defesa. “O livre convencimento do magistrado é limitado, porém, pela proibição de o juiz fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação [...]” (LENZA, 2013, p. 311).

A ideia inicial é que o direito é um sistema fundado em linguagem, sendo necessário converter o objeto na linguagem própria do direito. Partindo desse pressuposto, teremos dois momentos distintos de atuação das partes: o da exposição das alegações e o da comprovação das alegações. O primeiro momento não faz jus a muitos esforços colocando em evidência o que está sendo arguido com base no ordenamento jurídico, já o segundo é uma atividade mais complexa, em razão de necessitar da comprovação de um fato passado, não sendo possível recompor os atos e forma igual. Contudo, os elementos deixados são os que obtêm a comprovação do ocorrido.

“Assim, ainda que prévia e sabidamente imperfeita, o processo penal deve construir uma verdade judicial, sobre a qual, uma vez passada em julgado a decisão final, incidirão os efeitos da coisa julgada, com todas as suas consequências, legais e constitucionais. O processo, portanto, produzirá uma certeza do tipo jurídica, que pode ou não corresponder à verdade da realidade histórica (da qual, aliás, em regra, jamais se saberá), mas cuja pretensão é a de estabilização das situações eventualmente conflituosas que vêm a ser o objeto da jurisdição penal. (PACELLI, 2017, p. 174)”

A finalidade da prova é a comprovação dos feitos empenhando-se em construir uma verdade judicial através da recomposição do acontecimento em que se incidiu determinada infração. “O objetivo da atividade probatória é convencer seu destinatário: o juiz.” (LENZA, 2013, p. 307). Consequentemente, o juiz decidirá embasado no que foi abordado na fase probatória para condenação ou absolvição do referido acusado.

2. CONCEITO DE ÔNUS DA PROVA

O termo ônus vem do latim - onus ou oneris - e quer dizer encargo, fardo, carga ou peso.

“Assim, ônus da prova quer dizer encargo de provar. Ônus não é dever, em sentido formal, pois este não se constitui em obrigação, cujo não cumprimento acarreta uma sanção autônoma. Entretanto, não é demais salientar que as partes interessadas em demonstrar ao juiz a veracidade do alegado possuem o dever processual de fazê-lo. Do contrário, haveria uma sanção processual, consistente em perder a causa. (NUCCI, 2016, p. 237)”

O ônus da prova é, na verdade o encargo das partes em confirmar seus relatos. O art. 156 do Código de Processo Penal estabelece que:

“Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

Em consonância com a interpretação jurídica do texto normativo, se faz necessário compreender que: ônus probatório não se confunde com uma obrigação, posto que uma obrigação demande entender que a ausência de comprovação está sujeita a aplicação de uma penalidade. O que não ocorre neste cenário, assim “Averbe-se que o ônus não pode ser entendido como um dever ou uma obrigação da parte, na medida em que seu descumprimento não lhe acarreta nenhuma sanção.” (LENZA, 2013, p. 315) .

A própria interpretação da palavra ônus aduz o entendimento do encargo probatório, lhe atribuindo o dever de fundamentar a prova da materialidade e da autoria da infração. Essa incumbência deriva do empenho dedicado pela parte que argui o acontecimento para produção de provas para o juízo, tencionando persuadir a crença do juiz através de sua argumentação, como previsto no caput do artigo supracitado.

Partindo desse pressuposto, compreende-se que o ônus não deve ser interpretado de forma errônea, dado que a inexistência de provar o alegado não fomenta punição ao indivíduo, o que no máximo poderá acontecer será uma sanção processual. Segundo BADARÓ (2000, p. 173, apud NUCCI, 2016, p. 237) “[...] para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica a exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar um ato ilícito”.

2.1 PRINCÍPIO DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: OCORRE RELATIVIZAÇÃO NO ÔNUS PROBATÓRIO?

Ao acusado se presume a inocência, princípio consagrado como um dos mais importantes pilares do Estado Democrático de Direito, conforme dispõe o art. 5, LVII da Constituição "5, LVII CF - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

É imprescindível, a observância da norma processual em conjuntura com a constituição federal, visto que tal norma possui supremacia e supralegalidade no ordenamento jurídico brasileiro. É, partindo dessa afirmativa que surge o questionamento sobre a incoerência do art. 156 do código de processo penal em relação à constituição, pondo em ênfase a possível relativização desse princípio em sua aplicação no ônus probatório do réu.

Para tal indagação existem duas vertentes defendidas pelos doutrinadores. De um lado, temos o entendimento no qual o encargo das provas, de forma ampla, compete à acusação a qual deverá quebrar o estado que ao acusado lhe é presumido, sendo está a corrente minoritária. Do outro lado, se respalda em raízes estritamente civilistas, tem-se o juízo de que a acusação incumbe à comprovação da prova de materialidade e autoria e ao acusado atribui-se a demonstração das causas excludentes, percebe-se que a distribuição é a posição majoritária adotada atualmente. Se a parte estiver no polo ativo, a ela compete provar o fato constitutivo, já se a parte estiver no polo passivo, lhe compete demonstrar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo.

Diante do exposto, observa-se que não há de se falar em relativização do princípio de presunção de inocência o ato de o acusado buscar demonstrar a excludente de ilicitude, em virtude de tal ação ocorrer de forma excepcional no qual o réu chama para si a exposição da veracidade dos fatos.

2.2 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Uma temática capaz de gerar diversos questionamentos direcionados a adoção, na prática forense do processo penal é a: inversão do encargo probatório. Diante disso, surge indagação referente a quem caberia à carga probatória: exclusivamente ao Ministério Público ou distribuído entre as partes?

De antemão precisamos entender a função desempenhada pelo MP no âmbito processual penal. Atentando-se ao art. 129, inciso I "Promover, privativamente, a ação penal pública", dispomos que este atua como parte titular no processo, oficializando-o como órgão acusador, e, conseqüentemente, deixa explícita a figuração separada das partes no desenvolvimento da ação penal.

Numa análise isolada do caput do art. 156 "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]", deduz-se que as partes deverão demonstrar na fase processual a veracidade de suas alegações, perscrutando persuadir a convicção do juiz. Logo, "O ônus probante é, portanto,

atribuído às partes, que repartem a incumbência de demonstrarem as respectivas alegações.” (LENZA, 2013, p. 2015).

Contudo, o código de processo penal é uma norma infraconstitucional e deve andar em consonância com a norma superior, está possui como pilar a dignidade da pessoa humana. Diante desse preceito, temos a indagação relacionada à presunção de inocência: sendo este o estado presumido a qualquer pessoa, deve-se imputar ao réu a demonstração do ocorrido?

Temática abordada na subseção anterior, inferimos que a convicção predominante é para aceitação de roboração dos fatos pela defesa, desde que nos casos a qual se faça necessário externar a atipicidade de tal conduta, ou seja, aventar qualquer excludente e culpabilidade ou ilicitude, as quais são capazes de obstar a eficácia do direito punitivo.

Podemos constatar essa aplicação no HC 360590/16¹⁷⁹

Assim o encargo probante deverá ser quisto como um benefício que as partes possuem a produzir. Podendo a defesa técnica, recurso indisponível do acusado, enquadrar na autodefesa do réu. Logo, “A prova é indubitavelmente um ônus processual, na medida em que as partes provam em seu benefício, visando dar ao juiz os meios próprios e idôneos para formar sua convicção.” (CAPEZ, 2018, p. 400).

Vale ressaltar que, a análise da tipicidade e ilicitude do ocorrido não diz respeito ao âmbito probatório. Sendo esta análise responsável pela elaboração do juízo de valor, encaixada no âmbito abstrato das ideias, levando em consideração que o Ministério Público é parte legítima do processo, não deixando de lado sua função de fiscal da lei considerando o princípio da legalidade, esse buscará desenvolver prova que busquem roborar com as alegações que irá apresentar.

Desse modo, incumbir à defesa a atividade probatória é conceder um tratamento igualitário entre as partes no curso da ação, garantido o debate e o contraditório nessa seara. Por que, esse regime corrobora com o critério da equidade, possibilitando: a) proximidade com a fonte e o meio de prova; b) posicionamento da parte no resultado buscado; c) facilidade probante pertinente aos fatos positivos e negativos, podendo este último ser exposto de forma contrária;

¹⁷⁹ “PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. RECEPÇÃO DOLOSA. CONDENAÇÃO PROFERIDA PELO TRIBUNAL A QUO. PLEITO DE NULIDADE DIANTE DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 156 DO CPP. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA MODALIDADE CULPOSA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. É, também, entendimento consolidado neste Superior Tribunal de Justiça que, havendo acervo probatório conclusivo acerca da materialidade e a autoria do crime de receptação, uma vez que apreendida a res furtiva em poder do réu, caberia à defesa apresentar prova acerca da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, nos termos do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal. 3. Por outro vértice, a pretensão da desclassificação da conduta para sua forma culposa mostra-se imprópria na via eleita, uma vez que exigiria uma incursão no acervo fático-probatório dos autos, de todo inviável na angusta via do habeas corpus. 4. Habeas corpus não conhecido. (STJ - HC: 360590 SC 2016/0165882-3, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 07/03/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJE 15/03/2017)”

d) regularidade nos atos praticados com o intuito de não onerar o réu. Ressaltando que a ausência de tratamento igualitário acarreta vedação do acesso à justiça, garantia constitucional. Logo, a presença do encargo probante designado à defesa não se contrapõe a aplicabilidade do princípio de presunção de inocência.

Diante desses fundamentos devemos ressaltar que se durante o curso da atividade probatória o juiz tiver dúvidas ligadas ao acontecimento dos fatos ou um determinado ponto relevante, este poderá solicitar, de ofício, novas diligências. Se, depois de sanadas as solicitações do juiz as incongruências persistirem o magistrado deverá decidir pelo estado natural do acusado, inocência. Fazendo jus à aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O encargo probante busca evidenciar a verdade atingível que emerge durante a lide, fundamentando uma verdade processual que pode corresponder ou não a realidade do ocorrido. Uma breve análise ontológica entre as palavras certeza e verdade, verificamos que apesar de existir uma diferença, elas se correlacionam. Sendo a certeza um estado de convicção de um ato que norteia a coerência das provas, viabilizando a formação de mérito com uma maior ou menor probabilidade de incidência do evento.

O ônus da prova desempenha função indispensável no curso do processo penal, ficando responsável pela elaboração das provas que elucidam as alegações proferidas pelos legitimados da ação. Enfatizando a finalidade da prova que é atingir o convencimento do juiz em relação à forma mais ampla, crível e verídica possível da ocorrência de um fato litigioso. Partindo desse preceito, surge o interesse da parte em arrazoar o ato produzido através das provas, o que lhe é garantido pelo princípio constitucional do devido processo legal.

A inocência é o estado natural do indivíduo, por isso manifesta-se o dever da existência de regras na distribuição da carga probatória derivando da necessidade de diminuir a possibilidade do surgimento de dúvidas do juiz sob o fato ou circunstância da causa. No âmbito processual fica evidenciada grande repercussão no tocante a temática do ônus da prova, valendo relembrar que o ônus não é uma obrigação, mas sim um encargo que incumbem às partes na elaboração de provas que corroborem suas afirmações, ficando certo que a inércia de um dos legitimados não gera sanção punitiva podendo gerar no máximo uma sanção processual.

Em consonância com a constituição federal e o código de processo penal no que tange o âmbito processual do encargo probante, dispomos que não ocorrer relativização do princípio constitucional de presunção de inocência, uma vez que encarregar à defesa na evidenciação e provas que evidenciem as excludentes de ilicitude e culpabilidade, fatos impeditivos, não afastam seu estado original presumido, pois, o encargo principal fica sob a responsabilidade

da acusação, Ministério Público, que deve evidenciar os fortes indícios de autoria e materialidade, fatos constitutivos.

A possibilidade de ambas as partes serem legitimadas para apresentação de evidências no curso da ação, distribuição das provas, atende o critério de equidade da esfera judicial. Sabendo-se que após demonstrando os fatos e sanadas todas as fases de diligências possíveis, caso o juiz não forme ou tenha dúvidas no seu juízo de certeza, este deverá decidir em favor do réu embasado no princípio *in dúbio pro reo* que se complementa com os princípios de justiça, contraditório e ampla defesa.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, FERNANDO. CURSO DE PROCESSO PENAL, 25. ED. SÃO PAULO: EDITORA SARAIVA, 2018, ISBN 9788547230098.

NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMENTADO, 15. ED. RIO DE JANEIRO: EDITORA FORENSE, 2016. ISBN 978-85-309-6910-3.

NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. MANUAL DE PROCESSO PENAL E EXECUÇÃO PENAL. 13. ED. RIO DE JANEIRO: EDITORA FORENSE, 2016. ISBN 978-85-309-6952-3.

NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS. 2. ED. SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2012.

PACELLI, EUGÊNIO. CURSO DE PROCESSO PENAL, 21. ED. SÃO PAULO: EDITORA ATLAS, 2017. ISBN 978-85-970-1025-1.

REIS, A. C. A.; GONÇALVES, V. E. R. DIREITO PROCESSUAL PENAL. COORDENADOR PEDRO LENZA, 2. ED., SÃO PAULO: EDITORA SARAIVA, 2013, ISBN 978-85-02-18531-9.

RODRIGUES, BARBARA. O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO. JUSBRASIL, 2014. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://BARBARABRODRIGUES.JUSBRASIL.COM.BR/ARTIGOS/144997853/O-ONUSDA-PROVA-NO-PROCESSO-PENAL-BRASILEIRO](https://barbarabrodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/144997853/o-onus-da-prova-no-processo-penal-brasileiro). ACESSO EM: 08 NOV. 2018.

TALON, EVINIS. EXCLUDENTES DE ILICITUDE: AFINAL, A QUEM CABE PROVÁ-LAS?. CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2016. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://CANALCIENCIASCRIMINAIS.COM.BR/EXCLUDENTES-DE-ILICITUDE/](https://canalcienciascriminais.com.br/excludentes-de-ilicitude/). ACESSO EM: 05 NOV. 2018.

OS STANDARDS PROBATÓRIOS E O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO: MÉTODOS DE CONTROLE DO SISTEMA DE VALORAÇÃO DAS PROVAS.

Vitor de Aquino Valões (Direito/Uninassau)¹⁸⁰

Priscila Cristina de Oliveira (Direito/Uninassau)¹⁸¹

Orientador: Msc. Marcelo Santiago

Resumo: Este presente trabalho visa, acima de tudo, buscar a racionalização do modelo de controle de análise das provas, a fim de promover a busca pela “verdade” do fato e, assim, diminuir a subjetividade das decisões amparadas pelo “princípio do livre convencimento motivado”, através de critérios norteados por alguns “Standards” probatórios. Diante de alguns casos analisados, é imperioso esclarecer que, o princípio norteador do sistema brasileiro de valoração das provas, qual seja o livre convencimento motivado – contemplado no art. 155, CPP – detém de alta complexidade e ambiguidade quando aplicado ao momento de análise probatória do processo penal, uma vez que, diante de tal complexidade, não se tem formalizado um modelo de efetivo controle de convicção do juiz, restando apenas uma espécie de autocontrole conduzido pelo sistema de persuasão racional. O grande questionamento a se fazer é: qual (is) método (s) de controle efetivo a se fazer em relação ao princípio do livre convencimento motivado? Diante de tal problemática, os *Standards* probatórios surgiram como uma alternativa na perspectiva do julgador atingir um “*grau de convicção mínimo exigido para considerar provado um determinado evento*” (MELIM, 2013), inclusive se destacar como uma “*figura que pretende auxiliar o julgador no processo de valoração da prova, indicando o patamar mínimo de convencimento que deverá ser atingido*” (MELIM, 2013). Tanto o direito norte-americano (anglo-saxônico), quanto o direito francês, criaram modelos de *standards* probatórios para evitar a subjetividade das decisões e aproximar o processo penal da ideia da “busca da verdade” como um norte processual. Mediante uma análise estritamente hipotético-dedutiva e dialética, através da observação de outros modelos de controle, podemos chegar à conclusão de que é fundamental instituir um controle formal e objetivo dos meios de análise das provas apresentadas e da decisão expressa por meio de *Standards* probatórios, se valendo de três demandas: 1) a uniformização e a formalização de critérios para análise das provas, isto é, traçar caminhos objetivos para obter uma suficiente convicção dos fatos descritos; 2) a aplicação de técnicas da “não contradição” e da coerência entre as provas apresentadas e os fatos narrados; 3) aplicação e valorização do nexo de causalidade, não

¹⁸⁰ Graduando, UNINASSAU, vav122@hotmail.com

¹⁸¹ Graduanda, UNINASSAU, priscilacristinadoliveira@gmail.com.

entre a conduta e o resultado danoso, mas entre a motivação da decisão do julgador e de suas respectivas convicções, estas devidamente expressas e fundamentadas na decisão. É imprescindível estipular métodos de controle do sistema de valoração da prova, para que se alcance um sistema justo, eficiente e comprometido com a busca pela "verdade".

Palavras-chave: Standards. Controle. Provas.

Abstract: This paper aims, above all, to rationalize the control model of evidence analysis, in order to promote the search for the real sense of search for the truth of the fact and, thus, to diminish the subjectivity of the decisions supported by the "principle of free motivated conviction, "through criteria guided by some" Standards "of evidence. In view of some cases analyzed, it is imperative to clarify that, the guiding principle of the Brazilian system of evaluation of evidence, which is the free motivated conviction - contemplated in art. 155, CPP - has a high complexity and ambiguity when applied to the moment of probative analysis of the criminal process, since, given such complexity, there has been no formalized model of effective control of the conviction of the judge, leaving only a kind of self-control driven by the system of rational persuasion. The big question to ask is: which method (s) of effective control to be made in relation to the principle of free convincing motivated? Faced with such a problem, the Evidence Standards emerged as an alternative in the perspective of the judge to achieve a "minimum degree of conviction required to consider a particular event proven" (MELIM, 2013), including to stand out as a "figure who intends to assist the process of assessment of the test, indicating the minimum level of convincing that should be achieved"(MELIM, 2013). Both American (Anglo-Saxon) law and French law have created models of evidence standards to avoid the subjectivity of decisions and bring the criminal process closer to the idea of the "pursuit of truth" as a procedural north. Through a strictly hypothetical-deductive and dialectical analysis, through the observation of other control models, we can conclude that it is fundamental to institute a formal and objective control of the means of analysis of the evidence presented and of the decision expressed through Proof, using three demands: 1) the standardization and formalization of criteria for the analysis of evidence, that is, to draw objective paths to obtain a sufficient conviction of the facts described; 2) the application of techniques of "non-contradiction" and coherence between the evidence presented and the facts narrated; 3) application and valuation of the causal link, not between the conduct and the harmful result, but between the motivation of the decision of the judge and their respective convictions, these are duly expressed and based on the decision. It is essential to stipulate methods of control of the system of evaluation of the test, so that a fair, efficient and committed system is achieved with the real sense of search for the truth.

Keywords: Standards. Control. Evidences.

INTRODUÇÃO

A problemática do tema converge na ideia do próprio conceito de “prova”. Tanto a forma de análise das provas, como a natureza da prova são fundamentais para entendermos os métodos de controle necessários para a garantia do ordenamento jurídico como meio de obtenção da Justiça.

Na doutrina, há divergências naturais acerca do conceito de prova: a moderna e a clássica, de modo que a moderna “é fruto do iluminismo e do racionalismo, tendo um sentido objetivista, cientificista, absoluto” (KNIJNIK, 2001, p.27), isto é, garantindo a possibilidade de se alcançar a “verdade”, mediante demonstração das provas dos fatos. A clássica, “dominante na Idade Média, é fruto de uma perspectiva problemática, tópica, argumentativa (...)” (KNIJNIK, 2001, p.27), ou seja, aquela que busca demonstrar uma verdade provável.

Dentro dessas concepções doutrinárias acerca do conceito de provas, se estabelece meios de análise baseados tão somente nesses conceitos, tendo em vista que é a própria natureza da prova que a leva à melhor forma de sua análise. Devido à complexidade desta, o direito penal moderno adotou influências advindas do Iluminismo, isto é, da humanização do indivíduo julgador na análise das provas processuais.

O chamado “Livre Convencimento Motivado”, se tornou um modelo principiológico e sistemático para o sistema de valoração das provas do ordenamento jurídico brasileiro, principalmente. Não obstante, as lacunas e controvérsias deixadas pelo conceito e posição de liberdade do juiz, na apreciação das provas, trouxeram questionamentos acerca dos métodos de controle dos julgamentos, tendo em vista que os resultados do modelo adotado não aparentaram ser completamente eficiente na garantia da busca pela Justiça.

Diante da realidade que o direito processual brasileiro se encontra, no que tange à sua aplicação, surge a ideia de se pensar em métodos de controle mais eficientes no combate ao subjetivismo e imparcialidade das decisões.

A ausência de um controle formal da liberdade do julgador quanto à análise de um caso, trouxe um sistema penal de não garantia de princípios fundamentais elencados pelo Direito Processual Penal brasileiro e pela Constituição Federal de 1988.

Os *Standards* Probatório surgiram – a partir de modelos internacionais bem-sucedidos – com a finalidade de garantir a efetividade do sistema processual penal brasileiro, estabelecendo critérios formais, assegurados por institutos legais, a fim de obter um sistema que atenda a realidade da sociedade brasileira, bem como comprometa o ordenamento jurídico na busca pela Justiça.

1. O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO: UM CONCEITO PRINCIPIOLÓGICO E SISTEMÁTICO.

Após o avanço do Direito Penal e, junto consigo, do Direito Processual – principalmente o Penal – o “Livre Convencimento” passou a estruturar o sistema de sustento e de meio de valoração das provas processuais. É certo de que, para o Direito Penal Moderno, assim como, para o *Common Law*¹⁸², o livre convencimento como fundamento e protagonista do meio de análise das provas no Processo é um avanço em relação à independência do Juiz diante de um julgamento, e sua liberdade de pensamento para interpretar determinados casos, de acordo com as suas convicções formadas diante das provas a ele apresentadas, pelos autos, diferentemente de como ocorria no antigo sistema da verdade legal.

Diante disto, o Livre Convencimento não apenas ganhou espaço como estrutura de um sistema de valoração das provas, mas como Princípio fundamental e imprescindível para assegurar um sistema menos inquisitório, e dando valor às provas firmadas aos autos do processo. De acordo com inúmeros defensores do sistema do livre convencimento motivado, estes entendem que o mesmo oferece ao Juiz a legitimidade de decidir determinado caso através de sua capacidade racional de interligar, de maneira lógica, o que lhes foi apresentado como prova dos fatos narrados.

Neste sentido Grinover, Cintra e Dinamarco entendem o seguinte deste célebre princípio no Brasil:

“O Brasil também adota o princípio da persuasão racional: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (quod non est in actis non est in mundo), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados a priori. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais.” (Teoria Geral do Processo, p.68)

De fato, a adesão do livre convencimento, como princípio processual do sistema de valoração das provas, é um grande ganho, não apenas para o direito, mas para o sistema jurídico em sua amplitude, garantindo o contraditório e ampla defesa – no fortalecimento dos meios de provas – e buscando a racionalização através a humanização da figura julgadora do processo. Apesar de inúmeros avanços do Direito Penal e do Direito Processual Penal, sempre há espaços para os questionamentos acerca dos meios adotados, bem como controvérsias a serem discutidas, com o fim de se chegar próximo ao sentimento de Justiça que o direito pode alcançar.

Apresentadas todas as razões de existência do Princípio do Livre Convencimento Motivado e sua importância para o Direito, como principal instituto de justiça social, o quão livre é, de fato,

¹⁸² Um sistema do Direito, no qual a aplicação das normas e das regras se baseiam nos costumes e nas jurisprudências, estas fontes do próprio Direito. Originado na concepção do Direito Medieval Inglês, o Direito aplicado ao Tribunais refletia os costumes daquela determinada região ou cultura. Tem como principal característica a sua forma, isto é, as questões devem ser resolvidas baseadas em sentenças ou decisões judiciais anteriores, e não em preceitos legais pré-estabelecidos.

o Livre Convencimento do Juiz e qual o limite da sua racionalização na relação entre a convicção e os fundamentos da decisão?

1.1. LIVRE CONVENCIMENTO: O QUÃO LIVRE É?

O principal dilema a se saber sobre o princípio do livre convencimento é o quão livre esse princípio é e o que significa afirmar a liberdade de convencimento diante de um sistema jurídico de controle.

Quando ligamos as palavras “livre” e “convencimento”, é necessário que reflitamos o seguinte: Sabendo que o Direito é um meio de controle social, o que significa dizer que a liberdade do indivíduo julgador é um pressuposto principal para fundamentar a sua decisão final diante do caso concreto?

É preciso estabelecer parâmetros e meios definitivos para entender tal questionamento.

Em primeiro lugar, se, de fato, o Livre Convencimento for totalmente “livre”, o sistema de valoração das provas, onde esse princípio está estruturado, não fará o menor sentido. Não há como não haver limitações na liberdade de convicção do julgador, uma vez que se pretende chegar a uma proximidade da justiça.

No sistema jurídico brasileiro, onde matérias de cunho penal são decididas monocraticamente (com exceção do Tribunal do Júri), a total liberdade do Juiz em tomar certas decisões se torna incompatível com o próprio sistema ao qual ele está inserido. Não há nenhuma forma de exercer controle por meio de algo de natureza totalmente livre.

Ocorre que, no sistema jurídico penal brasileiro, não há meios de controle de decisão do juiz, mas o Livre Convencimento é utilizado ao “pé da letra” e dotado de total liberdade para exercer um sistema de controle de apresentação de provas.

O ordenamento jurídico brasileiro é um ordenamento de garantia da democracia como sistema político eficiente. Assim, como na democracia, a liberdade além de ser o principal instrumento de garantia democrática, é também objeto de limite para controle das instituições e das relações sociais. Isto é, o Estado, responsável pelo controle das relações sociais para uma melhor harmonia, não detém de total liberdade para exercer esse controle e principalmente para tomar decisões sobre diversas situações, mas, mesmo diante de um sistema democrático, este é passível de freios e contrapesos, a fim de tornar todas as relações mais justas.

Diante desta realidade, aquilo que se projetava como Justiça por meio da racionalização das análises processuais, se tornou um meio de exercício de um ativismo judicial cada vez mais presente dentro dos Tribunais e nos julgamentos de diversos tipos de processos vigentes, invertendo o sentido e a finalidade do Direito Processual Penal como, não só um instituto de exceção, mas um instituto de alcance da Justiça, e o tornando como o principal protagonista da não garantia dos princípios, acima de tudo, constitucionais.

Assim, podemos perceber que nem mesmo por meio de uma concepção lógica – diante da “racionalização” – a liberdade é absoluta quando aplicado o “Livre Convencimento”. Entendemos o real conceito da liberdade, quando aplicado este princípio, a partir do momento que a colocamos dentro de uma perspectiva limitada. Ou seja, o livre convencimento do julgador é absolutamente livre dentro das suas limitações processuais diante das provas tão somente a ele apresentadas, bem como relativamente livre diante das próprias concepções que lhes permitem a capacidade de compreender o nexa causal existente ou não entre as provas, os fatos e os depoimentos apresentados.

1.2. O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO COMO FUNDAMENTO PARA DECISÕES ARBITRÁRIAS.

O problema da compreensão da liberdade no princípio do livre convencimento é apenas um dos milhares de problemas que o norteia. O maior de todos os problemas está para além das palavras e do entendimento do conceito de liberdade em si, mas está quando este conceito é interposto no núcleo de aplicação do Direito.

Como vimos, a liberdade absoluta aplicada ao princípio do livre convencimento é incompatível não só com o ordenamento jurídico, mas com o sistema de valoração das provas o qual está inserida.

Quando um julgador se utiliza deste princípio para decidir sobre determinado caso, havendo assim, uma carência de fundamentos, bem como lacunas a serem preenchidas por falta de conexão entre a sua fundamentação e as provas que lhe foram apresentadas, este se vale tão somente de suas próprias convicções e satisfações diante destas provas, e assim transforma decisões que poderiam ser justas em decisões absolutamente arbitrárias, por justa falta de controle formal.

Um Juiz totalmente livre é um Juiz arbitrário.

A fundamentação bem estruturada e interligada com as provas apresentadas, são imprescindíveis para que o Juiz cumpra o seu objetivo de aplicador da Lei de forma justa, proporcional e razoável. Ao contrário disto, o arbítrio do julgador na sua tomada de decisões se aproxima cada vez mais da injustiça, bem como se apresenta de maneira ilógica, subjetivista e ilegal, “transvertida de legalidade e Direito”, como diz Saragoça da Matta (ob. cit. p.270).

2. OS *STANDARDS* PROBATÓRIOS COMO MÉTODOS DE CONTROLE DO SISTEMA DE VALORAÇÃO DAS PROVAS.

Diante das dificuldades do sistema jurídico penal, em diversos locais do mundo, foram criados, como meio de garantia do devido processo legal, os chamados *Standards* para o exercício de controle do procedimento de análise das provas até chegar à decisão final.

O que na verdade se questiona é: Diante das problemáticas apresentadas acerca do princípio do livre convencimento motivado, bem como as controvérsias que o mesmo carrega, qual ou quais métodos de controle efetivo em relação a este princípio?

A necessidade do controle de decisão do julgador é tanta que se estabeleceram meios para exercer este controle, sem que haja a supressão deste magnífico princípio. É certo que o sistema processual penal brasileiro além de não ter normatizado este meio de controle, ele é pouco utilizado nos julgamentos penais, e, quando utilizados, se faz sem nenhum parâmetro racional.

Os *standards* probatórios são única e exclusivamente institutos figurativos que “pretendem auxiliar o julgador no processo de valoração da prova, indicando o patamar mínimo de convencimento que deverá ser atingido” (MELIM, 2013). Estes têm o simples objetivo de auxiliar o Juiz a atingir um “grau de convicção mínimo exigido para considerar provado um determinado evento” (MELIM, 2013).

2.1. OS MODELOS DE *STANDARDS* PARA A EFETIVAÇÃO DO CONTROLE DO SISTEMA DE VALORAÇÃO DAS PROVAS.

Tanto o modelo norte americano (anglo-saxônico), como o modelo francês de controle do sistema de valoração das provas, se mostraram bastante eficientes no combate a decisões arbitrárias, subjetivas e ilógicas dos juízes.

O ordenamento jurídico norte americano tem como três principais *standards* o *preponderance of evidence* (prova preponderante em relação às demais), o *clear and convincing evidence* (prova clara e convincente) e o *beyond a reasonable doubt* (prova que vai além da dúvida razoável). A priori, nem todos são utilizados no instituto do Direito Processual Penal, mas também elencados pelo Direito Processual Civil.

A importância dos *standards* norte americanos é tanta, que no sistema processual brasileiro muitos são aproveitados e tidos como regras no momento de valoração das provas. Os dois primeiros *standards* citados (*preponderance of evidence* e *clear and convincente*) são restritos ao instituto processual civil, em virtude da exigência de um baixíssimo grau de convencimento do Juiz.

Quando relacionamos o processo civil com a necessidade de um baixo grau de convencimento não significa dizer que o mesmo detém de relevância mínima para análise e conclusão dos casos, mas o baixo grau de convencimento é considerado a partir de quando o mesmo é equiparado ao instituto processual penal, uma vez que tal instituto é um meio de exceção para reparação de eventuais danos, de modo que tem como consequências medidas que podem chegar a ser prejudiciais ao indivíduo injustiçado.

Os *Standards* aplicáveis ao processo penal, para o controle das decisões, buscam garantir uma maior cautela entre a apresentação das provas e a decisão final do julgador, tendo em

vista a excepcionalidade do instituto do Direito Processual Penal e as consequências que tais decisão venham acarretar.

Do ponto de vista constitucional, estes instrumentos asseguram, além de uma segurança jurídica, princípios e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988, de modo que limita o juiz de exercer ativismo judicial de maneira inquisitória no processo, garantindo o princípio constitucional da presunção de inocência, Cláusula Pétrea de nossa Constituição.

Deste modo, consideramos que os *Standards* Probatórios não apenas servem de modelos de controle, mas de instrumentos fundamentais, de grandes desafios lógicos e racionais, para valorar as provas no processo, bem como universalizar critérios de apreciação destas e estabelecer coerência entre a convicção do julgador e a sua fundamentação, para tomar uma decisão justa diante do que lhe foi apresentado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, podemos concluir que os *Standards* são, suficientemente, institutos eficientes no controle do sistema de valoração das provas e das lacunas deixadas por meio de algumas controvérsias do Princípio do Livre Convencimento Motivado, bem como asseguram, como vimos, não só princípios processuais, mas princípios constitucionais.

Assim, percebemos a necessidade da normatização destes instrumentos no Direito brasileiro, para garantir e proporcionar um controle formal dos procedimentos os quais o julgador se vale para tomar as suas decisões.

A grande questão está na relação entre a prova e os fundamentos que sustentam a decisão o juiz. Sendo assim, é imprescindível se valer de três demandas, as quais contribuirão para alcançar o objetivo desejado.

A primeira demanda, se refere tão somente em uniformizar e formalizar critérios legais para análise das provas, ou seja, traçar caminhos objetivos para se obter uma suficiente convicção dos fatos narrados. O Direito Processual brasileiro carece de formalização para formação das convicções do julgador, isto é, não se delimita métodos de análise das provas, nem se exige uma convicção que ultrapasse a dúvida razoável, de modo que sustenta os problemas existentes em deixar o livre convencimento do juiz se tornar um método absoluto de valoração das provas.

Na segunda demanda, exige-se a existência da aplicação de técnicas da “não-contradição” e da coerência entre as provas apresentadas e os fatos narrados, de modo que não se pode haver, de nenhuma maneira, uma sequer contradição lógica entre a fundamentação do juiz, as provas apresentadas e os fatos narrados no processo, a fim de garantir a certeza da convicção do julgador e sua imparcialidade na análise das provas.

Na terceira e última demanda, é fundamental entender os conceitos os quais sustentam a veracidade dos fatos no processo penal, como, por exemplo, o nexó de causalidade. É fundamental traçar essa relação de causalidade entre as provas, ou seja, não aplicando seu conceito criminológico em si, mas adaptando-o à realidade processual. Portanto, é preciso existir a exigência de um nexó de causalidade, não entre a conduta e o resultado danoso, mas sim entre a motivação da decisão do julgador e suas respectivas convicções, estas devidamente expressas e fundamentadas na decisão.

Desta forma, os *Standards* Probatórios se tornam, unicamente, instrumentos de garantia do devido processo legal, do devido controle processual e de garantia de princípios fundamentais, de modo que estabelece critérios formais para o sistema de valoração das provas, impedindo, assim, comportamento inquisitórios e fortalecendo a imparcialidade dos julgamentos, a fim de alcançar um sistema jurídico mais justo.

REFERÊNCIAS

FERREIRA, MARQUES. MEIOS DE PROVA, JORNADAS DE DIREITO PROCESSUAL PENAL, O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. COIMBRA: ALMEDINA, 1988.

MATTA, PAULO SARAGOÇA DA. A LIVRE APRECIÇÃO E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA, JORNADAS DE DIREITO PROCESSUAL PENAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS. COORDENAÇÃO CIENTÍFICA DE MARIA FERNANDA PALMA, ALMEDINA, 2004.

ROCHA, MANUEL ANTÓNIO LOPES, A MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA, DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO, Nº 75/76. LISBOA, 1998.

KNIJNIK, DANILO. OS STANDARDS DO CONVENCIMENTO JUDICIAL: PARADIGMAS PARA O SEU POSSÍVEL CONTROLE. REVISTA FORENSE, RIO DE JANEIRO, N. 353, JAN./FEV. 2001.

TONINI, PAOLO. A PROVA NO PROCESSO PENAL ITALIANO. TRAD. ALEXANDRA MARTINS; DANIELA MRÓZ, SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2002.

TARUFFO, MICHELE. A PROVA. TRAD. JOÃO GABRIEL COUTO. SÃO PAULO: MARCIAL PONS, 2014.

MORAIS DA ROSA, ALEXANDRE. GUIA DO PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS. FLORIANÓPOLIS: EMPÓRIO DO DIREITO, 2017.

CAYATTE, JEAN-LOUIS. INTRODUÇÃO À ECONOMIA DA INCERTEZA. TRAD. MARIA ADELAIDE ASSIS DE ALMEIDA. LISBOA: INSTITUO PIAGET, 2011.

MELIM, MAFALDA. STANDARDS DE PROVA E GRAU DE CONVICÇÃO DO JULGADOR. IN: REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO. LISBOA. ANO 4, N. 16, OUT./DEZ. 2013.