

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 966

(Ano XII)

(11/07/2020)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2020

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelada em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



A crise ambiental à luz do Direito Internacional

Drielli Serapiao Afonso, 06.

ARTIGOS

O professor robô e a máquina humana: reflexões sobre o direito à educação e a liberdade no futuro do ensino

Jayme Aparecido de Souza Junior, 25.

A relação existente entre a publicização dos serviços públicos não exclusivos do Estado com a noção de administração pública gerencial

Daniel de Moraes Mendes, 61.

A unidade do ordenamento jurídico segundo uma concepção Bobbiana

Jéssica Cavalcanti Barros Ribeiro, 70.

A utilização de parcerias público-privadas como instrumento pacificador e restaurador da dignidade humana dos detentos nas penitenciárias brasileiras

Maíra Mesquita Matos, 84.

O papel do direito no combate à violência contra a mulher

Eloá Dias e Silva, 109.

O papel das forças armadas no combate ao novo coronavírus.

Marcos Vinicius Martins Cavalcante, 120.

Proibição do retrocesso social: aspectos teóricos e aplicação do princípio pelo Supremo Tribunal Federal

Jamile Cruzes Moysés Simão, 125.

A Realidade e os Desafios para a Inserção de Transgêneros, Transexuais e Travestis no Mercado de Trabalho

Vanessa Andriani Maria, 143.

Direito à liberdade de locomoção X Direito à vida em tempos de Coronavírus.

Tatiane Cabreira Carvalho, 158.

Direito a educação inclusiva da pessoa com transtorno do espectro autista

Carina Caires da Silva Ramos, 165.

Perspectiva histórica e funcional do Secretariado Geral da ONU

Guilherme Sabino Nascimento Sidrônio de Santana, 180.

Análise da sanção por ato de improbidade administrativa na modalidade dolosa e culposa

Larissa Dias Fernandes, et. all. 194.

Contrato de estágio: possibilidades e causas de reconhecimento do vínculo empregatício

Isabella Alvarez dos Santos, 212.

A prática cultural indígena do homicídio de crianças e o conflito entre cultura e vida

Sara Freire Bruce, 222.

Breve análise sobre a usucapião extrajudicial e seus reflexos nas serventias extrajudiciais

Antonio Augusto Vilela, 236.

O direito de aprender direito: a necessidade da inclusão do ensino básico jurídico na educação brasileira

Maisa Tamires Leal de Carvalho, 254.

Pandemia, flexibilização na Lei de Responsabilidade Fiscal e calendário eleitoral 2020

Benigno Núñez Novo, 285.

Cooperação penal internacional: sistemática processual e eficácia da prova obtida no estrangeiro

Daniel de Moraes Mendes, 291.

A jurisdição constitucional no Brasil

Isadora Beatriz Teixeira Carlos, 313.

Natureza jurídica do vício decorrente do “casamento infantil”

Raphael Wider, 331.

Inovação de sanção ao princípio da cooperação processual

Victor Werneck Gomes, 340.

Reflexões sobre a solidão e a realidade virtual como arquétipo de uma nova sociedade

Marcos Antonio Duarte Silva, 349.

A atuação da fazenda pública e a implicação de suas prerrogativas na sistemática processual civil

Daniel de Moraes Mendes, 365.

Da aplicação da mediação na resolução de conflitos por policiais militares

Rodrigo dos Santos Andrade, 378.

Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 e sua efetividade jurisdicional

Elisiane Kelly Rebussi, 395.

A Responsabilidade Patrimonial do Empresário Individual sem Personalidade Jurídica

Luís Inácio Carneiro Filho, 405.

A utilização do auxílio direto e da carta rogatória no contexto processual internacional: convivência de referidos institutos e superação de incompatibilidades

Daniel de Moraes Mendes, 422.

A inconstitucionalidade da penhorabilidade do bem de família por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação

Michael Craveiro da Silva, 441.

Populismo penal midiático e sua forma vingativa de punir: o Pro-cesso Penal do espetáculo e a exploração comercial do crime

Khayam Ramalho da Silva Sousa, 471.

Refugiados e imigrantes no Brasil e no mundo Lei nº 9.474, de 22 de Julho de 1997. Nova Lei nº 13.445/2017

Ângela Maria Fonsêca Moraes, 488.

Testamento no Ordenamento Jurídico

Jéssica Cristine Ferreira da Silva, 501.

A importância da educação na ressocialização do preso

Ana Carolina da Silva de Oliveira, 514.

Análise da PL 1397/2020 explanando seu procedimento e destacando sua relevância para os princípios empresariais e constitucionais.

Camila Lira, 521.

A CRISE AMBIENTAL À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL

DRIELLI SERAPIAO AFONSO:

Advogada, bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

RESUMO: O objetivo deste trabalho foi discorrer, no campo do direito internacional e nacional, a gravidade das consequências dos danos ambientais ao planeta e às futuras gerações, e como a crise climática é tratada e administrada pelos países do mundo, quais foram os compromissos firmados, através de acordos internacionais, bem como como, no contexto nacional, qual o papel do Brasil na preservação ambiental e na redução de emissão de poluentes e como funciona a responsabilidade penal por atos criminosos contra o meio ambiente. Serão enfatizados fatores que sugerem que as atitudes a serem tomadas para reduzir a degradação ambiental são urgentes, do contrário o preço que iremos pagar, assim como as futuras gerações, será altíssimo. Os focos desta pesquisa foram o conteúdo dos tratados internacionais ambientais como: Conferência de Estocolmo; ECO-92; Protocolo de Kyoto; Protocolo de Montreal; Rio +10 e Rio + 20 e Acordo de Paris, dados inerentes às condições climáticas e sua evolução, e busca de processos criminais contra crimes ambientais, as penas aplicadas, bem como sua morosidade e causas de prescrição.

Palavras-chave: Crise Ambiental. Tratados Ambientais. Governança Global do Meio Ambiente. Crimes Ambientais. Responsabilidade Penal Ambiental. Direito Ambiental Internacional.

1. INTRODUÇÃO

A crise ambiental é uma questão extremamente preocupante para toda a humanidade, e a raiz desta crise é o caráter capitalista da economia mundial. Já sofremos com o impacto do aquecimento global nos dias de hoje com o aumento considerável da temperatura do planeta, que provoca a diminuição da biodiversidade, extinção de espécies de animais e vegetais, escassez de água, tempestades, furacões, inundações, alterações de ecossistemas, disseminação de doenças, dentre tantos outros resultados desastrosos. E este triste cenário é reflexo do comportamento humano do passado, que persiste, infelizmente, por falta de consciência ambiental e de políticas estatais mais rigorosas. Por muitos séculos o homem via o meio ambiente como uma fonte inesgotável de recursos naturais, o que no âmbito industrial e corporativo é ainda mais nítido o fato deste setor se apropriar indiscriminadamente das riquezas naturais com o objetivo de lucrar financeiramente.

Pode-se afirmar que a proteção do direito ao meio ambiente sadio encontra também dificuldades oriundas dos Estados. Interesses econômicos e geopolíticos tendem a orientar a política externa de cada um deles, interferindo nas orientações assumidas nos fóruns internacionais. Isto posto, as peculiaridades dos sistemas jurídicos e políticos dos países podem dificultar a internação das normas e parâmetros ambientais que eles assumiram internacionalmente.

Atualmente, na América Latina, os governos possuem políticas e planos de crescimento econômico baseados na exploração e privatização de bens comuns (água, terra, biodiversidade), de acordo com as necessidades da acumulação capitalista e de suas indústrias. O que se vê são formas tradicionais de extrativismo e de mercantilização da natureza sendo realizadas adaptando ou violando os regulamentos de proteção existentes, bem como distorcendo os mecanismos de avaliação de impacto ambiental para grandes projetos de energia e infraestrutura, sem o consentimento prévio de comunidades afetadas.

O aumento das proporções dos desastres ambientais no século passado despertaram uma mobilização da comunidade internacional, haja vista o que houve em decorrência do uso de produtos químicos indiscriminadamente no pós-guerra do Vietnã, a tragédia de Bophal em 1984, com a liberação de gases tóxicos da fábrica da Union Carbide na Índia, o incêndio da fábrica da Sandoz em 1986 na Basileia, Suíça, em que contaminou diversos países banhados pelo rio Reno, a explosão dos reatores nucleares de Chernobyl, Ucrânia, também em 1986, com o lançamento de gases radioativos na atmosfera e causando enorme preocupação quanto a extensão desta radiação e o acidente, em 1989, com o navio Exxon no Porto de Valdez no Alasca, derramando 41,5 milhões de litros de petróleo em águas marinhas e matando milhões de seres marinhos e poluindo o mar e a região costeira.

Diante de inúmeros desastres ambientais, os países passaram a reconhecer a necessidade de uma regulamentação preventiva, punitiva e protetiva do meio ambiente. Esta preocupação foi traduzida em forma de convenções e tratados internacionais. Os tratados são considerados uma das fontes do Direito Internacional positivo e podem ser conceituados como todo acordo formal, firmado entre pessoas jurídicas de Direito Internacional Público, tendo por finalidade a produção de efeitos jurídicos.

Existem vários acordos internacionais que tentaram implementar políticas ambientais nos países soberanos. Por exemplo, o Protocolo de Kyoto e seu sucessor, o Paris e o acordo e o Protocolo de Montreal são alguns dos mais conhecidos tratados ambientais. No entanto, existe um problema importante associado à contribuição dos países para a proteção ambiental, pois os contratos acabam sendo

assinados por um número limitado de países e, em geral, não atingem suas metas, portanto, as mudanças climáticas continuam acelerando.

De acordo com o doutrinador Hildebrando Accioly, o Direito Internacional pode ser definido como o "conjunto de normas jurídicas que rege a comunidade internacional, determina direitos e obrigações dos sujeitos, especialmente nas relações mútuas dos estados e, subsidiariamente, das demais pessoas internacionais, como determinadas organizações, bem como dos indivíduos".

Ao longo deste artigo, serão comentadas as propostas de alguns tratados ambientais, a postura dos países em relação às providências a serem tomadas em prol da redução dos danos ambientais e as possibilidades de responsabilização penal das pessoas jurídicas e de seus representantes em casos de atividades que causem danos ambientais, à luz da Constituição Federal da República, que prevê no art. 125, § 3º, que "as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

2. DESENVOLVIMENTO

Segundo Trindade: "O reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio tem origem no direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade dessa existência humana".

Dentre os princípios ambientais, podemos destacar também o da solidariedade intergeracional, que visa assegurar a solidariedade da presente geração em relação às futuras, para que também estas possam usufruir, de forma saudável, dos recursos naturais. De fato, as consequências geradas pelos danos ambientais refletidas nas gerações futuras são sempre mencionadas quando falamos sobre crise ambiental.

A OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) prevê que a demanda mundial de água aumentará 55% até 2050. Enquanto a UNESCO estima que cerca de 60% da população mundial sofrerá com estresse hídrico. Portanto, o reuso da água é a alternativa mais sustentável para deixar este recurso disponível. Mas no Brasil, menos de 5% do esgoto tratado é reaproveitado. Em Israel, esse número chega a mais de 80%, deixando o país em primeiro lugar no ranking de reuso do recurso.

Em declaração feita no fórum em Marselha, aprovada por unanimidade, os representantes das delegações de 130 países se comprometeram a acelerar a aplicação do direito universal à água potável e ao saneamento básico, reconhecido

pela ONU em 2010. No fórum internacional da água realizado na Turquia em 2009, esse direito universal ainda era contestado por alguns países.

Os números divulgados no referido fórum mundial são preocupantes. Segundo estudos de diferentes organizações, 800 milhões de pessoas no mundo não têm acesso à água potável e 2,5 bilhões não têm saneamento básico.

Os maiores questionamentos e problemas da América Latina estão diretamente relacionadas ao meio ambiente e recursos naturais. Por se tratar de uma região rica em recursos, existem muitos desafios no sentido de traçar estratégias que promovam o desenvolvimento social e econômico de forma sustentável. Cerca da metade das florestas tropicais do mundo está no território, que formam uma incrível biodiversidade. É onde se localiza 1/3 das reservas de água doce e 1/4 das terras com propícias para o cultivo do planeta. E como todas as regiões onde há práticas capitalistas, imperam as práticas extrativistas que visam abastecer os mercados mundiais.

Na verdade, é uma longa história de exploração, que teve como início o processo de colonização do continente por parte dos espanhóis. Segundo Karl Marx, além do extermínio e escravidão de populações originárias e negras, foram séculos de exploração da natureza e suas "dávivas" extraídas do solo e do subsolo que garantiram a acumulação primitiva do capital na Europa. Destas terras foram extraídos recursos que abasteceram os interesses capitalistas europeus, e depois de mais de cinco séculos, a América Latina continua desempenhando o papel de exportadora de matéria-prima para países de primeiro mundo e mais industrializados.

As várias tensões socioambientais locais em relação à Governança Ambiental na América Latina agravam os problemas econômicos e a injustiça social. Embora tais tensões façam parte da história da região, o ritmo acelerado de mudança, a escala espacial do impacto e a ampliação das demandas sociais e de conservação apontam para a urgência dos atuais desafios ambientais na América Latina.

Impossível falar de problemas ambientais na América Latina sem mencionar a Amazônia. Quando se fala em problemas ambientais envolvendo a região, considerado "o pulmão do mundo", uma das primeiras questões que vêm à mente é o desmatamento. Entre todas as ações que impactam o aquecimento global no Brasil, o desmatamento é o mais grave. De acordo com o Sistema de Estimativas de Emissões de Gases de Efeito Estufa, em 2016, 51% do total das emissões nacionais foram em decorrência da supressão de florestas. O equivalente a 218 milhões de toneladas de gás carbônico.

Carrera e Séguin assim comentam sobre os efeitos transfronteiriços da degradação ambiental:

Não há fronteiras para os efeitos de uma atividade impactante. O Planeta é um sistema fechado, assim, o que se faz num país repercute no outro. Polui-se aqui, chove ácido ali. Todos estamos direta e indiretamente ligados, como em uma teia de aranha, onde o toque de um ponto é sentido em qualquer parte da teia.

Os efeitos da degradação ambiental são globais. O desmatamento de vegetações na Amazônia, por exemplo, não afeta somente a biodiversidade local, mas também provoca mudanças climáticas, corroborando para o aquecimento global e o efeito estufa, e tende a tomar proporções ainda maiores de forma a comprometer espécies de plantas e animais, bem como afetar gerações futuras. Por esta razão é imprescindível que haja uma regulamentação jurídica de abrangência igualmente global, exigindo a formação de um Direito Ambiental Internacional, assim compreendido por Guerra:

O Direito Ambiental Internacional pode ser traduzido em um conjunto de normas que criam direitos e deveres para os vários atores internacionais (não apenas para os Estados), numa perspectiva ambiental, atribuindo igualmente responsabilidades e papéis que devem ser observados por todos no plano internacional, visando à melhoria da qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

Em pesquisa feita conjuntamente entre a USP (Universidade de São Paulo) e a UNIFESP (Universidade Federal de São Paulo), foram calculadas as consequências da destruição das florestas. Os pesquisadores concluíram que numa situação eventual de desmatamento total, haveria um aumento de temperatura em torno de 0.8°C, um número considerável, pois de 1850 para cá, as emissões de gases de efeito estufa decorrente da danos ambientais provocados pelo homem, resultou num aumento médio de 1.2°C. Isto é um exemplo dos inúmeros prejuízos que a ação dos indivíduos, pessoas físicas ou jurídicas podem causar ao planeta e as futuras gerações. Portanto, nada mais correto do que reprimir estas ações através de fiscalização e punição.

Nos códigos criminais modernos, as infrações são classificadas de acordo com sua gravidade, ou seja, de acordo com o valor do bem protegido legalmente. No entanto, dada a recente evolução do Direito Ambiental, na maioria dos códigos criminais não foram crimes contemplados contra o meio ambiente ou contra a

natureza. Por exemplo, na Venezuela, as normas existentes a esse respeito (a maioria atualmente no Direito Penal do Meio Ambiente) foram incluídos nos "Crimes contra a conservação de interesses públicos e privados".

O bem legal é aquele que é protegido e ameaçado criminalmente ou desrespeitado por conduta criminal. Sobre os crimes modernos, os códigos criminais os classificam de acordo com os valores que guardam, ou seja, de acordo com o bem legal protegido. Assim, o Direito Penal garante, mediante sanção, a proteção da propriedade reconhecida pelo legislador como digna de proteção.

Existe um grande problema de conscientização ambiental a nível nacional e internacional. Todavia, segundo Édis Milaré:

"apenas recentemente, a partir da segunda metade do século passado, este tipo de relacionamento internacional, fundado em preocupações com a própria sobrevivência da espécie humana sobre o planeta Terra, passou a fazer parte da história da humanidade."

A preocupação com a crise ambiental está aumentando a medida em que a população vem sofrendo com seus efeitos. Não existe no Direito Internacional, um marco oficial da regulamentação de direitos e deveres do meio ambiente., conforme assinala Oliveira:

Após uma tomada de consciência acerca dos riscos que o crescimento demográfico sem controle, o aumento do consumo de energia e os danos ecológicos poderiam causar para o equilíbrio natural da Terra, a comunidade internacional percebeu que o meio ambiente requer uma regulamentação na qual esteja presente [sic] a participação e cooperação de todos os Estados.

A nossa Constituição Federal de 1988 regulamentou a forma de incorporação dos tratados internacionais no Direito interno, incluindo as convenções, recomendações, resoluções e demais normas aprovadas nas conferências tripartites da OIT. O artigo 84 diz: "Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional", e o artigo 21 estabelece como sendo competência da União manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais. Dispõe o artigo 49 que "é da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional". Conforme observa Édis Milaré:

“A égide da Carta da ONU, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, reconheceu esses atos como fonte do Direito Internacional e de cooperação pacífica entre nações [...] são acordos firmados entre Estados soberanos, na forma escrita. São, por conseguinte, juridicamente obrigatórios e vinculantes”.

A atividade legislativa internacional começou a surgir no campo do direito ambiental com a Declaração de Estocolmo de 1972, que trouxe o mundo atenção à questão ambiental. Os acordos ambientais multilaterais modernos evoluíram além de um compêndio de regras e regulamentos em regimes ambientais internacionais, vistos por Young e Levy como as “instituições sociais que consistem em versar sobre princípios, normas, regras, procedimentos e programas que governam as interações de atores em áreas temáticas específicas”.

A Conferência de Estocolmo foi uma data marcante para o Direito Ambiental mundial, por ser tratar do primeiro grande encontro internacional com representantes de diversas nações para discutir os problemas ambientais. Teve como desdobramentos a elaboração da Declaração de Estocolmo, com 26 princípios e a criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA). Na conferência, além da poluição atmosférica que já preocupava a comunidade científica, foram tratadas a poluição da água e a do solo provenientes da industrialização e a pressão do crescimento demográfico sobre os recursos naturais. Como resultado, gerou o engajamento e comprometimento dos Estados participantes, com a cooperação internacional em matéria de meio ambiente, resultando em uma nova ordem incorporada no seio do sistema jurídico nacional dos Estados, gerando verdadeiro Direito Ambiental.

O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) foi instituído para desenvolver programas de ação em nível internacional e para proteção do meio ambiente e tem como principais objetivos: “manter o estado do meio ambiente global sob contínuo monitoramento; alertar povos e nações sobre problemas e ameaças ao meio ambiente e recomendar medidas para aumentar a qualidade de vida da população sem comprometer os recursos e serviços ambientais das futuras gerações”.

20 anos após a conferência de Estocolmo, aconteceu a Conferência do Rio de Janeiro de 1992, que teve como base o Relatório de Brundtland. O Brasil foi escolhido como sede da conferência, sobretudo pelo caráter ambientalista da Constituição Federal de 1988, que elevou os direitos ambientais à qualidade de direitos fundamentais. A Eco-92 foi também um marco histórico, contando com a presença de representantes de 178 países. A Eco 92 também incentivou o Protocolo de Kyoto

(1997), acordo internacional que visava controlar as emissões de gás do efeito estufa. O acordo tinha metas muito ambiciosas, e não contou com a assinatura dos Estados Unidos, país mais poluidor do planeta, depois da China, nem com a Austrália, com a justificativa de que o comprometimento com os termos do acordo prejudicariam o crescimento econômico e geraria desemprego. O governo Bush repudiou o acordo, dizendo que é prejudicial a economia americana. A Casa Branca também questiona o consenso científico de que os poluentes emitidos pelo homem causam a elevação da temperatura da Terra.

Desde a metade do século 19, os EUA se mantiveram como o país que mais emite gases de efeito estufa anualmente. Esta realidade só mudou em 2005, quando a China, movida por uma forte industrialização baseada na queima do carvão, ultrapassa os americanos. Rússia (e a antiga União Soviética), Índia, Alemanha e Japão também são países que aparecem entre os maiores emissores. Ao contrário do ponto de vista partilhados pelo Estados Unidos e Austrália sobre o acordo ambiental prejudicar a economia, o especialista sênior do Banco Mundial, Alexandre Kossoy, através de um artigo, alerta que as mudanças climáticas podem levar à pobreza 100 milhões de pessoas em todo o mundo, pelos próximos dez anos. Para ele, preparar-se para os futuros desastres naturais extremos e ajudar a evitá-los faz sentido economicamente e é também um imperativo moral.

O aquecimento global nos coloca numa posição de obrigatoriedade de reduzir emissões de gases para evitar as catástrofes climáticas que representam riscos iminentes à manutenção dos ecossistemas e de novas gerações. Atualmente, somos 8 bilhões de pessoas, 0,01% de todas as outras espécies de seres vivos na Terra. Anos de danos ambientais já provocou a extinção de 83% de todos os mamíferos e 50% de todas as plantas do planeta, especialmente nos últimos 50 anos, que muitos cientistas definem como a sexta extinção em massa de vida nos 4 bilhões de anos de história da Terra.

Neste sentido, a Organização das Nações Unidas (ONU) alertou que o mundo precisa limitar o aumento da temperatura média global a menos de 1,5 °C em relação aos níveis pré-industriais. Mas, de acordo com os cientistas, cumprir a meta de 1,5 °C implica "mudanças rápidas, de longo alcance e sem precedentes" em todos os aspectos da sociedade. As mudanças climáticas podem levar 100 milhões de pessoas à pobreza em dez anos. Os impactos climáticos sobre a pobreza são muito maiores do que se previa há alguns anos atrás. Um novo relatório do Banco Mundial indica que o impacto anual de desastres naturais extremos já é equivalente a US\$ 520 bilhões em perda na capacidade de consumo. Por este motivo, todas as ações direcionadas à redução das mudanças climáticas estão intrinsecamente associadas à missão do Banco Mundial de erradicar a pobreza extrema.

Quase 400 temperaturas recordes foram registradas no Hemisfério Norte durante o verão de 2019. Os recordes foram alcançados em 29 países entre 1º de maio e 30 de agosto. Um terço das temperaturas mais altas de todos os tempos foi registrada na Alemanha, França e Holanda. Tais recordes foram registrados em meio a ondas de calor em toda a Europa, que causaram um aumento nas temperaturas médias em junho e julho.

O presidente do Banco Mundial, Jim Yong Kim, faz um alerta sobre isso: "Choques climáticos severos podem reverter décadas de progresso contra pobreza. Tempestades, enchentes e secas causam sérias consequências econômicas e sociais, sendo que os países mais pobres sofrem ainda mais estes efeitos".

Considerado o mais importante acordo ambiental da história, o Protocolo de Kyoto serviu como uma base sólida para o Protocolo de Montreal e as deliberações acerca do Acordo de Paris, ratificado pelo Brasil em 2015 para reduzir as emissões de gases de efeito estufa, diminuindo os danos ambientais e as suas consequências devastadoras para o futuro.

O Protocolo de Kyoto teve como objetivo fazer com que os países desenvolvidos assumissem o compromisso de reduzir a emissão de gases que provocam o efeito estufa, para aliviar os impactos causados pelo aquecimento global, além de discutir o estabelecimento metas e criar formas de desenvolvimento que não sejam prejudiciais ao Planeta. A ideia começou em 1988 na "*Toronto Conference on the Changing Atmosphere*" no Canadá, desde então ocorreram várias outras conferências sobre o Meio Ambiente e clima, que culminou na criação do referido tratado em Kyoto, no Japão, em 1997.

O Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Deterioram a Camada de Ozônio (Protocolo de Montreal) é um acordo internacional firmado em 1987. Foi projetado para interromper a produção e importação de substâncias que destroem a camada de ozônio e reduzir sua concentração na atmosfera para ajudar a proteger a camada de ozônio na Terra. .

Por sua vez, o Protocolo de Montreal faz parte da Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio. A Convenção de Viena foi adotada em 1985, após discussão internacional de descobertas científicas nas décadas de 1970 e 1980, destacando o efeito adverso da atividade humana sobre os níveis de ozônio na estratosfera e a descoberta do "buraco na camada de ozônio". Seus objetivos foram promover a cooperação sobre os efeitos adversos das atividades humanas na camada de ozônio. O tratado é considerado como o mais bem-sucedido na seara ambiental, estabelecendo um calendário obrigatório para a eliminação progressiva

das substâncias destruidoras da camada de ozônio por parte de países desenvolvidos e em desenvolvimento. Foram alvos, 96 os produtos químicos que destroem a camada em milhares de aplicações em mais de 240 setores industriais.

Partindo do princípio de que a Constituição Federal de 1988 tem caráter ambientalista, hoje o ordenamento jurídico brasileiro tutela o direito ambiental e sua preservação/conservação em suas leis, sobretudo no conteúdo da Carta Magna. Além da punição como forma de repressão, os cientistas afirmam que a reparação é o melhor caminho conhecido para combater as mudanças climáticas. "Hoje não existe nenhuma tecnologia para reduzir o aquecimento global melhor que replantar a floresta. Pode fazer qualquer coisa que quiser, o mais eficiente, além de parar de queimar combustíveis fósseis, é plantar floresta". (ARTAXO)

Países como a China, possuem programas de reflorestamento muito avançados. O país asiático investiu mais de US\$ 100 bilhões nos últimos dez anos com árvores. O Brasil se comprometeu com o Acordo de Paris, acordo climático global firmado na COP 21, em dezembro de 2015 na capital francesa, a reduzir em 37% as emissões de gases de efeito estufa até 2025, e em 43% até 2030. Para isso, deve recuperar 12 milhões de hectares de terras. O cumprimento desta meta requer uma estratégia de restauração da paisagem que estimule a cadeia produtiva associada à recuperação de ambientes degradados e promova o fortalecimento de uma economia da restauração no país. Interromper o desmatamento pode reduzir as emissões de gases de efeito estufa (GEE) em até 1/3, a um custo muito inferior à redução de outras fontes. Estima-se que cerca de 10% das emissões anuais de carbono no mundo sejam causadas pelo desmatamento - o equivalente ao carbono emitido por toda a frota de carros e caminhões do planeta.

A mudança climática e o aquecimento global já estão provocando diversos problemas na agricultura, na saúde e no comportamento das pessoas na sociedade, a ponto de comprometer a qualidade de vida da espécie humana, projetando também duras transformações para as próximas gerações. Além da espécie humana, diversas espécies têm desaparecido. Toda esta eminente catástrofe nos faz concluir que há uma necessidade imediata de intervenção do Estado, com instrumentos regulatórios, que, sem inibir a atração de investimentos empresariais, consiga encontrar soluções para preservar o planeta, algo muito próximo da ideologia do ecocapitalismo, que defende as atividades empresariais com exploração dos recursos, mas de maneira mais sustentável.

Além do compromisso global assumido pelos governos de diferentes países através da assinatura de acordos ambientais nas últimas décadas, há também iniciativas locais de estados ou mesmo cidades que buscam promover a incorporação

das metas de desenvolvimento sustentável no dia a dia das pessoas e das organizações. Exemplo disso é o Movimento ODS Santa Catarina, que integra os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU propostos durante a 70ª Assembleia Geral das Nações Unidas, de 2015, na cidade de Nova Iorque. O evento teve como objetivo orientar os países na obtenção de resultados no sentido de promover a redução da pobreza, promoção social e proteção ao meio ambiente até o ano de 2030, criando a Agenda 2030, com o lema “Ninguém pode ficar de fora”. Foram 193 os países-membros das Nações Unidas que participaram, inclusive o Brasil, se comprometendo em alcançar 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas, que versam sobre as dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental.

Em outubro de 2019, o secretário de Infraestrutura e Meio Ambiente, Marcos Penido, e os diretores-presidentes da CETESB e Sabesp, Patrícia Iglecias e Benedito Braga apresentaram o Acordo Ambiental São Paulo na sede da Embaixada brasileira em Madri, na Espanha. O encontro teve o objetivo de divulgar a nível mundial o Acordo Ambiental SP, o Estudo de Baixo Carbono, além de discutir o papel dos governos subnacionais na Implantação da Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. O acordo conta com a adesão voluntária de mais de 50 empresas, que assinaram o compromisso de redução de emissão de poluentes. A proposta é um exemplo esforço conjunto do setor privado e do Governo para cumprirem metas direcionadas a conquistar um meio ambiente mais equilibrado.

Cabe a aqui, a seguinte pergunta: “Como o ordenamento jurídico Brasileiro, bem como suas fontes do Direito, sobretudo a lei e os costumes (jurisprudência), trata a questão da Responsabilidade Criminal das Pessoas Jurídicas”?

A Responsabilidade penal no sistema jurídico brasileiro tem como base normativa o artigo 5º, XLV, da CF e artigos 13, 18 e 29 do CP.

Inicialmente, a pessoa jurídica pode ser definida com base na Teoria da Realidade Objetiva (ou Teoria Orgânica), adotada por Pontes de Miranda e Beviláqua, nos moldes do Direito alemão, no sentido de que as pessoas jurídicas são compostas por órgãos, que por sua vez são representados por pessoas físicas que expressam a vontade da pessoa jurídica. Ou seja, pode-se afirmar que as pessoas jurídicas possuem vida própria, cuja existência é totalmente distinta das pessoas físicas que a compõem, de acordo com a inteligência do artigo 45, do Código Civil. A Carta Magna brasileira de 1988, no art. 125, § 3º, preceitua que:

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções

penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

É sabido que a tendência da legislação e doutrina estrangeira, deu origem a um movimento doutrinário inclinado ao reconhecimento e consagração da responsabilidade penal da pessoa jurídica no tocante às infrações ambientais e relativamente aos delitos contra o mercado de consumo e contra a ordem financeira e tributária. Exemplo disto é a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que contempla explicitamente a responsabilização penal das pessoas jurídicas, dispondo textualmente no seu art. 3º:

Art. 3º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

O que se percebe, no entanto, é que existe uma certa indecisão a cerca da responsabilização das pessoas físicas juntamente com a pessoa jurídica agente causadora do dano. Isto se deve ao Princípio da Culpabilidade no Direito Penal. Como se sabe, todo crime prescinde de uma conduta (*nullum crimem sine conducta*), positiva ou negativa. Logicamente, uma pessoa jurídica não pode delinquir, porque lhe falta capacidade de conduta. Isto afeta a aplicação do princípio da relação de causalidade, pois partindo do princípio que um indivíduo comete um crime com dolo ou culpa, fica impossível estudar os aspectos subjetivos do crime numa empresa, pois não existe vontade humana (fenômeno psíquico).

A partir de uma análise do entendimento jurisprudencial no que tange a atuação de empresas no pólo passivo de ações de responsabilização penal nos crimes ambientais, pode-se extrair uma noção a cerca das características da punibilidade destes agentes.

Um dos casos de maior repercussão neste tema, é o da Petrobras – Petróleo Brasileiro S/A, situada no município de Araucária – PR, mais precisamente a “Refinaria Presidente Getúlio Vargas” (REPAR). A empresa foi responsável por um vazamento que poluiu os rios Barigui, Iguazu e áreas ribeirinhas e levou à instauração de ação penal por prática de crime ambiental, buscando a responsabilização criminal do presidente da empresa e do superintendente da refinaria, à época, além da própria

Petrobras. Os danos ambientais provocados por esta ação criminosa foram inúmeros, tais quais: resultou na morte de milhares de peixes e aves, afetou a agricultura, a pesca e deixou mais de 100 mil pessoas sem abastecimento de água, especialmente nas cidades do Planalto Norte de Santa Catarina.

Pode-se dizer que a primeira responsabilização da empresa e de seus representantes foi a aplicação de multa de recorde do Ibama, de R\$ 168 milhões, mas não chegou a ser julgado pela Justiça. Um dos réus, o presidente da companhia Henri Philippe Reichstul, obteve em 2005 o trancamento da ação penal alegando inexistência de relação causal entre o vazamento e sua ação. Por sua vez, diante do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a 6ª Turma concedeu *habeas corpus* de ofício ao superintendente da empresa, trancando também a ação contra a Petrobrás, por entender que o processo penal não poderia prosseguir exclusivamente contra pessoa jurídica.

No caso em tela, Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) manteve a condenação da Petrobrás, decisão esta, proferida por maioria da 4ª Turma, que determina que a empresa deverá recuperar as áreas atingidas pelo vazamento e pagar indenizações por que, ainda sem aplicação de juros e correção monetária, chegam a cerca de R\$ 610 milhões. O julgamento ocorreu no dia 11 de setembro e o acórdão foi publicado no dia 02/10/2019.

Em 2013, 11ª Vara Federal de Curitiba reconheceu a responsabilidade da pessoa jurídica Petrobrás pelo acidente e condenou a ré a tomar uma série de medidas para reparar a fauna e a flora local, promover a descontaminação das águas e do solo e monitorar a qualidade do ar da região, além de estipular o pagamento de danos morais coletivos para a população paranaense. A sentença ainda determinou que os valores fossem revertidos para o Fundo Estadual do Meio Ambiente (FEMA). A Petrobrás recorreu ao TRF4 pleiteando a reforma da sentença, mas o tribunal manteve a condenação da estatal.

O caso supracitado ilustra bem como funciona o processo de responsabilização da pessoa jurídica em caso de danos ambientais, passando pela fiscalização, constatação do dano, investigação, identificação do autor, indiciamento, julgamento e penalização. Agora, voltando ao contexto e cenário escolhido como tema do trabalho, a Amazônia, chama muito a atenção o fato de que nenhum desmatador da Amazônia tenha sido condenado nos últimos cinco anos, segundo aponta um balanço da Força-Tarefa Amazônia, do Ministério Público Federal, que atua no combate ao desmatamento ilegal na região e que teve dez grandes operações desde 2014. Enquanto isso, em pesquisa divulgada em novembro de 2019, o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe), aponta que o desmatamento na Amazônia

subiu 29,5%, atingindo 9.762 km², entre 1º de agosto de 2018 e 31 de julho de 2019, na comparação com os 12 meses anteriores. Isto demonstra que a impunidade é um grande problema quando se trata de ações lesivas ao meio ambiente na região.

É muito difícil compreender o que faz um processo de desmatamento da Amazônia demorar 28 anos para ter uma sentença. No caso da invasão da Terra Indígena Caru, no Maranhão em 1989, uma ação civil pública foi aberta em 2 anos, contudo, somente em março de 2019, ou seja, três décadas mais tarde do incidente, a sentença foi proferida. Os réus invadiram a reserva em 1989 e devastaram diversos pontos da terra indígena ao promover o desmatamento de diversas espécies de árvores, para posterior beneficiamento e comercialização da madeira em serrarias irregulares da região. Eles também teriam limpado a área "com a utilização de fogo para a construção de cercas, casas, currais, barracos e plantação de roças (em especial, de capim para pastagem de gado bovino), o que impede a regeneração da área afetada."

Porém, a destruição da mata piorou nos anos seguintes à primeira invasão. Uma inspeção da Funai em 1999 descobriu que a área desmatada havia aumentado para 20 mil hectares. Esse relatório gerou um novo processo civil com mais quatro réus. As duas ações depois foram reunidas e julgadas em conjunto pela Justiça Federal, mas isso só ocorreu neste ano. Em 1999, os fiscais da Funai encontraram uma comunidade com 600 famílias e 2 mil pessoas vivendo na reserva indígena - boa parte tinha vindo de cidades vizinhas e trabalhava com produtos agrícolas como forma de sobrevivência. Além disso, havia pastos com dezenas de milhares de cabeças de gado, porcos, cavalos e cabras. Na referida ação, os réus foram processados apenas na esfera civil pelo dano ambiental causado, ou seja, o Judiciário decidiria se os indivíduos deveriam promover a reparação da área desmatada e pagar a multa equivalente. Incompreensível a demora do julgamento do caso, que chegou a ficar parado por seis anos na Justiça sem qualquer movimentação.

É nítido que o problema da morosidade processual é recorrente em diversas esferas do Direito Brasileiro e fundamento para várias manifestações em prol de reformas. No caso do Direito Ambiental, o retardo no julgamento dos processos preocupa muitíssimo num cenário de alta da destruição por meio de desmatamento e queimadas de áreas da Amazônia, que culmina em efeitos catastróficos e que tem ganhado repercussão internacional. Segundo informações do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe), em junho e agosto de 2019, por exemplo, alertas de desmatamento da Amazônia cresceram 203% em relação ao mesmo período do ano anterior. É absurdo lidar com a ideia de que um processo demore mais de 20 anos para ser julgado, sobretudo quando há flagrante e provas claras do dano ambiental. Isto nos leva a questionar o Direito Ambiental Brasileiro.

O ano de 2020 será de suma importância para o Direito Ambiental, um ano em que haverá encontros internacionais que definirão a agenda da ação ambiental da próxima década. O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, ONU Meio Ambiente, considera a Conferência da ONU sobre Oceanos que acontecerá em Lisboa em junho, um dos eventos-chave deste ano, que ocorrerá depois do Fórum Mundial da Biodiversidade, em Davos, Suíça na última semana de fevereiro.

No mês de novembro Glasgow, Escócia, sediará a Conferência sobre Mudança Climática das Nações Unidas 2020: "UNFCCC COP 26".

É um ano em que os países devem fortalecer seus comprometerimentos climáticos firmados em Paris. O relatório sobre a Lacuna de Emissões do PNUMA adverte que, a menos que as emissões globais de gases de efeito estufa caiam 7,6% a cada ano entre 2020 e 2030, o mundo perderá a oportunidade de retomar os trilhos em direção ao objetivo de aquecimento máximo de 1,5°C do Acordo de Paris.

Com as atuais promessas incondicionais, o mundo caminha para um aumento de temperatura de 3,2°C. Os países do G20 representam quase 80% de todas as emissões, mas 15 membros do G20 não se comprometeram com um cronograma para emissões líquidas zero. Como se sabe, grandes potências deixam de ratificar acordos ambientais com a justificativa de correrem riscos em suas economias.

Segundo a doutrina de José Afonso Silva, o direito ambiental não foi criado apenas para proteger, preservar o meio ambiental. Esta seria uma visão equivocada, pois o direito ambiental não tem o intuito de frear o desenvolvimento sócio econômico. Pelo contrário, se frear o desenvolvimento socioeconômico, sem dúvidas, gerará indiretamente uma maior agressão ao meio ambiente, pois atividades irregulares começarão a aparecer.

A preocupação do Direito Ambiental é com o homem quanto ser humano. As normas ambientais vieram ratificar a preocupação da sociedade com o mesmo, pois com o passar dos anos a sociedade vem passando por constante evolução, sobretudo tecnológica, o que provoca impactos e degradação ambiental, de forma que se faz necessária a tutela por parte Estado. Se o homem e a sociedade evoluem progressivamente, o dano ambiental consequência das atividades inerentes a este desenvolvimento, também crescerá. Contudo, esse desenvolvimento deve estar em consonância com o meio ambiente, devendo acontecer de forma racional e sustentável.

4.CONCLUSÃO

Dentre as principais preocupações geradas pela crise ambiental está o aquecimento global. A Organização das Nações Unidas (ONU) alertou que o planeta precisa limitar o aumento da temperatura média global a menos de 1,5 °C em relação aos níveis pré-industriais. Todavia, de acordo com a ciência, alcançar a meta de 1,5 °C requer "mudanças rápidas, de longo alcance e sem precedentes" em todos os aspectos da sociedade.

Em âmbito internacional, a luta pela proteção do direito ao meio ambiente equilibrado encontra muitas dificuldades oriundas dos Estados. Interesses econômicos e geopolíticos tendem a orientar a política externa de cada um deles, interferindo nos posicionamentos assumidos nos fóruns internacionais. Desta forma, as peculiaridades dos sistemas jurídicos e políticos dos Estados também podem dificultar a internação das normas e parâmetros ambientais que eles assumiram internacionalmente. Exemplo disto, são os Estados Unidos que, conquanto estejam no topo do ranking de países mais poluidores junto com a China, não assinaram o Protocolo de Kyoto, instrumento jurídico internacional que impõe aos países ricos reduções obrigatórias de suas emissões de gases de efeito estufa. Na época, o governo da Suécia, que ocupa a presidência rotativa da União Europeia, chamou a decisão americana de preocupante e provocativa, e a organização ambiental internacional Amigos da Terra disse que ela pode criar um "desastre climático". O que de fato está ocorrendo. Pesquisas recentes indicam que cerca de um terço das reduções dos gases de efeito estufa são necessárias até 2030 para minimizar os impactos do aquecimento global. Se não contamos com a cooperação de países poluidores como os Estados Unidos, fica muito difícil cumprir estas metas.

Embora não seja oficial, muitos consideram a Conferência de Estocolmo e a Conferência do Rio de Janeiro como marcos do surgimento do Direito Ambiental Internacional. Realizadas em 1972 e 1992, respectivamente, proporcionaram um debate entre as nações sobre os problemas ambientais e a formação de um sistema jurídico global para a solução de problemas que impactam não somente um território, mas todo o planeta. A conferência do Rio trouxe como possível solução, o desenvolvimento sustentável, que é até hoje uma das armas mais eficazes para evitar o agravamento da crise ambiental que vivemos.

De fato, é preciso desenvolver uma consciência ambiental sustentável na população e também nos líderes políticos. Como José Afonso da Silva afirma, o direito ambiental não foi criado apenas para proteger, preservar o meio ambiente, e não tem a intenção de frear o desenvolvimento sócio econômico, como alguns políticos pensam. O capitalismo é considerado o grande responsável pela degradação constante do meio ambiente, na medida em que seus processos de alta

produtividade e constante exploração dos recursos naturais de forma indiscriminada causam danos e até mesmo catástrofes.

Por fim, para alcançar metas traçadas em prol da conservação do meio ambiente e redução de sua degradação e, por conseguinte, de suas consequências devastadoras, é necessário que haja maior adesão de países a estes compromissos, para que todos observem os princípios do Direito Ambiental, as condições dos tratados internacionais e assegurem que haja responsabilidade penal por crimes ambientais tanto por parte de pessoas físicas como jurídicas. Desta forma, será colocado em prática o conceito do "capitalismo verde", considerado hoje impossível, de forma que as corporações adotem mais políticas eco-sustentáveis nas atividades empresariais, e caso deixem de observar as normas ambientais, sejam responsabilizadas civil e criminalmente.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando Pompeo Pinto; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Acordo Ambiental São Paulo apresentado na Feira Conexão Carbono Zero. 11 dez 2019. Disponível em: <<https://cetesb.sp.gov.br/blog/2019/12/11/acordo-ambiental-sao-paulo-apresentado-na-feira-conexao-carbono-zero/>>. Acesso: 14 jan. 2020.

Alertas do DETER na Amazônia em junho somam 2.072,03 km². **INPE**. 04. jul 2019. Disponível em: <http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod_Noticia=5147>. Acesso: 02 jan. 2020.

ARTAXO, P. **Uma nova era geológica em nosso planeta: o Antropoceno?** Revista USP. São Paulo, n.103. 2014. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/99279/97695>>. Acesso em: 18 de jan. 2020.

ARTAXO, P. **Mudanças climáticas e o Brasil**. Revista USP, n.103. 2014. Disponível em: <<http://www.periodicos.usp.br/revusp/article/viewFile/99191/97658>>. Acesso em: 18 de jan. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao.htm>. Acesso: 02 jan. 2020.

CARRERA, Francisco; SÉGUIN, Elida. **Planeta Terra: uma abordagem de Direito Ambiental**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CLAPP, Jennifer. **The privatization of global environmental governance: ISO 14000 and the developing world**. *Global Governance*, p. 295-316, 1998.

GUERRA, Sidney. **Globalização na Sociedade de Risco e o Princípio da Não-Indiferença em Matéria Ambiental**. *Globalização: desafios e implicações para o Direito Internacional contemporâneo*. Ijuí, RS: Ed. da Unijuí, 2006.

KELLER, David R. (ed). **Environmental Ethics: The Big Questions**. Chichester; Malden: Wiley-Blackwell, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 20ª ed. São Paulo, Malheiros, 2008.

MARX, Karl. **O Capital: crítica da economia política** - Livro 1. 21. ed. Rio de Janeiro, RJ: Civilização Brasileira, 2006

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 7ªed. São Paulo: RT, 2011.

O.R. Young and M.A. Levy, **The effectiveness of International Environmental Regimes**, in O.R. Young (ed.), **Effectiveness of International Environmental Regimes: Causal connections and behavioural mechanisms** (MIT Press: Cambridge, Massachusetts, 1999).

PROGRAMA das Nações Unidas para o Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.onubrasil.org.br/agencias_pnuma.php> Acesso em: 06 jan. 2020.

Refinaria causa desastre em rio do PR. **Folha de São Paulo**, 18 jul. 2000. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1807200001.htm>> Acesso em: 02 jan. 2020.

SESC-SC. **Movimento ODS Santa Catarina convida à reflexão: 17 Formas de Melhorar a Vida**. Disponível em: <<https://www.sesc-sc.com.br/blog/assistencia/-movimento-ods-santa-catarina-convida-a-reflexao-17-formas-de-melhorar-a-vida>> Acesso em: 01 jan. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1993.

Veja planos de ações globais e locais que promovem a sustentabilidade. **G1**, 05 dez. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/especial-publicitario/falando-de-sustentabilidade/noticia/2018/12/05/conheca-os-planos-de-acoes-globais-e-locais-que-promovem-a-sustentabilidade.ghtml>> Acesso em: 29 jan. 2020.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Econômico Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

O PROFESSOR ROBÔ E A MÁQUINA HUMANA: REFLEXÕES SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO E A LIBERDADE NO FUTURO DO ENSINO

JAYME APARECIDO DE SOUZA JUNIOR:

Jayme Souza é mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP, especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas-FGV/SP, graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Gestor jurídico com atuação nacional e internacional.

RESUMO: A presente pesquisa aborda a questão da introdução de professores robôs humanoides, que trabalham com inteligência artificial, no ambiente de ensino. Seu propósito é analisar essa inovação na perspectiva do Direito à Educação e sua relação com a liberdade humana. Desse modo, buscamos tratar do surgimento do reconhecimento da liberdade humana e do papel da educação nesse contexto, para, após isso, falarmos sobre as novas tecnologias, mais precisamente sobre a robótica e a Inteligência Artificial. Por fim, tratamos de debater o papel do professor robô e seus benefícios e desafios, como forma de refletirmos sobre as perspectivas da utilização dessa nova tecnologia no processo educacional.

PALAVRAS-CHAVE: Professor; Robô; Inteligência artificial; Tecnologia; Direito à educação; Liberdade.

ABSTRACT: This research addresses the issue of the introduction of humanoid robot teachers, who work with artificial intelligence, in the teaching environment. Its purpose is to analyze this innovation from the perspective of the Right to Education and its relationship with human freedom. Thus, we seek to address the emergence of the recognition of human freedom and the role of education in this context, so that, afterwards, we talk about the new technologies, more precisely about robotics and Artificial Intelligence. Finally, we debate the role of the robot teacher and its benefits and challenges, as a way of reflecting on the perspectives of the use of this new technology in the educational process.

KEYWORDS: Teacher; Robot; Artificial intelligence; Technology; Right to education; Freedom.

Sumário: 1. Introdução: 1.1. Tecnologia e educação na sociedade atual: 1.2. Do que estamos falando? - 2. O reconhecimento do direito à liberdade - 3. Estado e educação - 4 Educação e tecnologia: 4.1 O professor robô; 4.1.1 A Inteligência Artificial; 4.1.2 Os robôs humanoides na educação - 5. Conclusão - 6. Onde queremos chegar? - 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

1.1 Tecnologia e educação na sociedade atual

Vivemos uma fase de transformação tecnológica intensa, a qual influencia diretamente o modo como vivemos e nos relacionamos.

Nessa fase, que podemos chamar de líquida,[1] ou seja, em que as transformações ocorrem de maneira tão rápida e imprevisível que não há tempo suficiente para os vínculos se solidificarem e criarem identidade, precisamos ter olhos atentos quanto ao que queremos para o nosso futuro. E precisamos criar parâmetros para balizar essa fluidez, de modo a não permitir que ela nos leve, junto a qualquer correnteza, "rio abaixo".

Nesse contexto, a educação e o raciocínio crítico se relevam essenciais para que possamos escolher com liberdade quais correntezas seguir. Mas... A educação também está fluindo.[2] Ela está perdendo sua forma preestabelecida e se transformando tão rapidamente diante de nossos olhos, que muitas vezes não nos damos conta da magnitude do que está ocorrendo, sendo certo que a reflexão sobre os parâmetros dessa fluidez é ponto basilar para a sobrevivência humana digna.

Temos acompanhado a introdução de diversas novas tecnologias para suporte à educação, como plataformas de ensino à distância, *softwares* de apoio didático, lousas inteligentes, robôs para desenvolvimento de tarefas didáticas etc. Contudo, se, por um lado, as novas tecnologias trazem benefícios para a educação; por outro, elas trazem riscos e questões que precisam ser superadas.

Neste artigo, pretendemos abordar algumas reflexões sobre a introdução de robôs professores nos ambientes de ensino e qual seria seu papel dentro do processo educacional. Para tanto, pretendemos adotar uma perspectiva que aborde o Direito à educação e a liberdade, bem como a relação destes elementos com o Estado e com o poder, que entendemos serem pontos essenciais na discussão. Isso com o objetivo de evitar que a liquidez da sociedade atual dissolva nossas conquistas históricas e que os professores robôs nos levem a uma verdadeira evolução civilizatória e não a um retrocesso.

1.2. Do que estamos falando?

Para delimitar o que estamos analisando no presente artigo nos valem, primeiramente, de três situações.

Numa escola de ensino básico primário na Finlândia, crianças se envolvem em atividades didáticas com professores assistentes para o aprendizado do idioma inglês.

Num colégio internacional na Índia, alunos assistem aulas sobre física, biologia e química, cheias de imagens no *Power Point* e informações atualizadas apresentadas pela professora, que responde prontamente dúvidas trazidas pelos alunos.

Na Academia Militar de West Point, nos Estados Unidos, uma professora conversa sobre filosofia com os alunos.

Tudo parece normal, com um movimento de ensino regular, certo? Mas, na verdade, existem nessas situações um elemento diferente, que deve contribuir para uma verdadeira revolução educacional: o professor robô.

Sim, todos os professores destacados nas situações acima são robôs e todas as situações são reais.

E, aqui, não estamos falando apenas de um *software* de ensino à distância ou, mesmo, de suporte em sala de aula; ou de um *hardware* isolado, do qual os alunos se utilizam para fins didáticos, como uma placa de vídeo numa aula de computação; nem mesmo da utilização de um computador ou celular para busca de temas na internet ou projeção de imagens e acesso a arquivos. Estamos falando de robôs que, com a ajuda de sensores, atuadores e *softwares* de inteligência artificial, estão, cada vez mais, conseguindo coletar e interpretar diversos tipos de dados, inclusive quanto a reações e alguns sentimentos humanos, interagindo com o mundo real de maneira similar a dos seres humanos.

Por enquanto, a maior parte desses robôs professores está em fase de testes e são assistentes, servindo de suporte para professores humanos. Sua interação social ainda é um tanto quanto precária, mas existem diversos estudos em andamento que visam ao desenvolvimento da capacidade social dessas máquinas, o que pode permitir uma competitividade futura com professores humanos.

No caso da escola primária da Finlândia (EL TIEMPO, 2018), os professores assistentes que ensinam línguas para as crianças são robôs de pequeno porte, da linha NÃO, da SoftBank Robotics Europe (EXAME, 2018). Os primeiros testes ocorreram em 2018.

Já no colégio indiano, a professora humanoide é chamada de Murali Subramanian e faz parte de um projeto no qual foram desenvolvidos três robôs

denominados tecnicamente Eagle 2.0. Os três robôs foram criados por uma equipe do próprio colégio internacional de Bengaluru e dão aulas de física, química, biologia, geografia e história. A professora robô detém características bastante próximas das de um ser humano e a pretensão do colégio é torná-la, assim como os demais robôs, capaz de ministrar aulas sozinha, de modo a suprir um déficit de mão de obra existente na região (WION, 2019).

A terceira situação envolve a professora Bina48 (PALMER, 2018 e SILVA, 2018) e é bastante interessante, por três motivos. Primeiro, devido à professora robô dar aulas para alunos do ensino superior, o que exige maior preparação. Segundo, por ela ter se graduado, o que foge da tradicional programação de um robô. E, em terceiro lugar, por ela ter se formado e dar aulas como professora assistente de filosofia, matéria que envolve raciocínio crítico e busca, dentre outras coisas, conhecer melhor a natureza humana.

BINA48 foi desenvolvida pela empresa Hanson Robots Ltd. e foi lançada em 2010. Sua aparência, memórias, sentimentos e crenças são modeladas de acordo com as características de uma mulher humana real, casada com um empresário do ramo de tecnologia (HESS, 2017).

Os robôs ora tratados trabalham com inteligência artificial e autonomia de resposta, desenvolvendo interação direta com seus interlocutores. Mas eles são somente exemplos da variedade de modelos e tecnologia de robôs professores existente ao redor do mundo, num mercado com estimativas de crescimento de cerca de 17% ao ano, devendo alcançar fabulosos U\$ 2.4 bilhões até 2026 (MAXIMIZE).

No Brasil, alunos de uma escola do nordeste aprendem robótica com a utilização do robô modelo NAO, o mesmo utilizado na Finlândia para o ensino de inglês na escola primária que tratamos anteriormente (FREITAS, 2019).

A evolução da inteligência artificial e da robótica deve trazer maior sociabilidade aos robôs nos próximos anos e o tamanho do mercado a ser explorado certamente trará mais investimentos e competidores, acelerando a produção de novos modelos, ainda mais avançados.

Diante desse cenário é que nos perguntamos: qual o papel dos professores robôs no processo educacional? Quais os benefícios e riscos que eles podem trazer à sociedade? Eles atendem o que se espera da educação?

Para tanto, é importante compreendermos em que contexto a educação se encontra e o que ela visa a proteger. Façamos, então, primeiramente, sobre a liberdade.

2. O RECONHECIMENTO DO DIREITO À LIBERDADE

O movimento iluminista dos séculos XVII e XVIII culminou numa ruptura teórica da concepção do ser humano, que era, até então, entendido como parte indissociável do Estado, confundindo-se com este, devendo cumprir basicamente deveres que visavam à preservação de tal instituição, de acordo com as ordens do soberano (BOBBIO, 2004, p. 94).

Com a Revolução Francesa, o ser humano passou a ser reconhecido como um ser livre e independente do Estado, digno de personalidade própria e de direitos que lhe garantissem essa condição, deixando de ser um súdito e se tornando um cidadão.[3]

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e, mais tarde, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 consolidaram o reconhecimento da liberdade como direito humano fundamental em caráter mundial e marcaram uma mudança de fase quanto ao tema. A humanidade passou das discussões sobre o reconhecimento do direito à liberdade para como efetivar esse direito.[4]

A efetivação do direito à liberdade envolve uma questão de conteúdo. Afinal, para se efetivar tal direito, precisamos saber o que ele comporta, qual a sua dimensão.

Mas concretizar seu conteúdo não é tarefa fácil, a começar pelo significado da palavra “liberdade”, pois, como disse Montesquieu (2004, p. 187-188), “não há absolutamente nenhuma outra palavra que tenha recebido mais significados diferentes e que tenha impressionado as mentes de tantas formas quanto a palavra liberdade”. Para ele, liberdade poderia ser entendida como “o direito de fazer tudo o que é permitido pelas leis”, pois “se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, ele não teria mais liberdade, porque os outros cidadãos teriam do mesmo modo esse poder”.

Tal definição é justificada pelo momento histórico em que foi concebida, com a latente preocupação de proteção do indivíduo frente a um Estado arbitrário e que não atendia aos interesses do povo. Mas não sobreviveria à Segunda Guerra Mundial, onde a lei foi utilizada para sustentar as ações do Estado nazista que infringiam diretamente a liberdade humana. Também não revela propriamente a dimensão do que se entende por liberdade, o que nos leva ao aprofundamento do tema.

A origem etimológica da palavra “liberdade” está relacionada à palavra latina *Libertas*, Deusa romana ligada ao culto a Júpter (OXFORD, 2016). Tal símbolo foi empregado pelos romanos para diferenciar os escravos e prisioneiros dos cidadãos (ENCYCLOPEDIA BRITANNICA, 2008).

Japiassú e Marcondes (1996, p. 163), em seu famoso dicionário básico de filosofia, conceituam *liberdade* como “condição daquele que é livre. Capacidade de agir por si mesmo. Autodeterminação. Independência. Autonomia”.

Ocorre que, para agir por si mesmo, o ser humano precisa exercer escolhas que culminem em ações voluntárias, ações que não sejam influenciadas por fatores externos.

Para Aristóteles (2002, p. 59), a ação voluntária é aquela cujo princípio motor está no próprio agente, quando este detém conhecimento das circunstâncias particulares em que está agindo.

Portanto, o exercício da liberdade exige consciência, que é dada ao ser humano através do conhecimento, sendo certo que sem conhecimento não há liberdade. Daí o papel elementar da educação, que serve de instrumento viabilizador da liberdade.

Daniel Yamauchi Acosta (2018, p. 9), baseado no ensaio “Two Concepts of Liberty”, de Ishaian Berlin, destaca o caráter dual do conceito de liberdade indicando que, em sua perspectiva “negativa”, a liberdade pode ser entendida como “a simples ausência de fatores externos que condicionem a ação humana”. Enquanto que, em sua perspectiva positiva, ela se revela na “capacidade de um sujeito autodeterminar-se em seu próprio benefício e em conformidade com a sua vontade, mesmo na presença de fatores externos que lhe induzam a fazê-lo de outra forma”.

Assim, podemos dizer que, na relação indivíduo – Estado, a perspectiva negativa de liberdade se revela pela obrigação de o Estado não intervir na liberdade individual dos seres humanos, respeitando-a. Já quanto à perspectiva positiva, cabe ao Estado promover o aparato necessário para a preservação dessa liberdade.

A perspectiva negativa do Direito à liberdade tem relação com os direitos fundamentais, comumente chamados de primeira geração (individuais), enquanto sua perspectiva positiva tem relação com os direitos humanos de segunda geração (sociais).[5]

Assim, o Direito à educação, que é um direito social, deve ser promovido pelo Estado como garantia da liberdade individual, uma vez que, se assim não for feito, o Estado não estará cumprindo com o seu papel social.

Antes de continuarmos, porém, é importante destacarmos que a liberdade, apesar de dever ser preservada, não é plena. Ela sofre limitações que podemos classificar em físicas, referentes ao corpo, à matéria em si; e abstratas, relacionadas a valores, tradição, costumes, história, dentro de uma infinidade de outros (ACOSTA, 2018, p. 14).

A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, quando tratou do conceito de liberdade, já o trouxe com uma limitação de caráter social quando disse: “A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo (...) Esses limites apenas podem ser determinados pela lei” (UNIVERSIDADE de São Paulo).

Podemos dizer que as obrigações negativas do Estado quanto à liberdade são de aplicação imediata, pois independem de limitadores. Porém, as positivas dependem das condições legais, sociais e econômicas. Por exemplo, se um Estado não possui dinheiro suficiente para investimento em Educação, ele não consegue cumprir sua obrigação positiva de promover a educação e acaba reduzindo a liberdade individual. Esse tema é polêmico, posto o Estado ser quem detém o poder de administração de recursos e a má administração poder ser o fator determinante da insuficiência de recursos. Outro exemplo são regras orçamentárias que impeçam a utilização do orçamento disponível para determinada finalidade em determinado período, revelando um tipo de limitação legal.

Dessa forma, as limitações devem ser analisadas no caso concreto, sendo certo que, sem Educação, não há liberdade.

Mas... De que educação estamos falando? Ela pode nos garantir a liberdade? Passemos a tratar do tema.

3. ESTADO E EDUCAÇÃO

Para Seldon e Obidoie (2018), a humanidade passou por três revoluções educacionais e está prestes a vivenciar a quarta, relacionada com o uso da Inteligência Artificial (IA) e da Realidade Virtual (RV).

Explicam que a primeira revolução, relativa ao ensino organizado, ocorreu há cerca de 2,5 milhões de anos, em diversos lugares do planeta, quando o modo de vida era marcado basicamente pela sobrevivência e preparação das gerações futuras.

Tal revolução marcou o início do aprendizado por outros, fosse pela família, por outro indivíduo, por grupos ou tribos. E envolvia basicamente o ensino sobre a utilização de ferramentas de pedra para cortar, como se acampar sazonalmente, como usar o fogo e como migrar para longas distâncias.

A segunda revolução teve início com o fim da Era Glacial, cerca de 10 mil anos a.C., quando o ensino passou a ocorrer em instituições de ensino. Com o desenvolvimento da produção estável de comida e urbanização, a vida se tornou estável, também, e as melhorias na agricultura possibilitaram um aumento populacional. Os seres humanos passaram a viver em lugares certos e teve início a civilização. A invenção da escrita e a diversificação de atividades tornaram as sociedades complexas, exigindo o ensino de novas especialidades, como agricultura, comércio, direito, estudo da sociedade civil, tecnologia e religião. Assim surgem, ao longo dessa Era, os primeiros estabelecimentos de ensino e as primeiras universidades.

Já a terceira revolução educacional teve como características principais a descoberta da impressão e a secularização da educação, gerando, assim, um modelo de massificação do ensino. Segundo os autores, cujo trabalho ora comentamos, ela teve início no século VII d.C com a invenção da xilografia, técnica de impressão com a utilização de madeira. Contudo, ganhou maior relevância com a invenção, em 1436 d.C., da prensa de impressão, a qual permite a impressão massificada e a produção de livros-textos, gerando uma divulgação de conhecimento nunca antes vista. Nessa Era, existiu uma expansão significativa das universidades, mas problemas fundamentais permaneceram, inclusive quanto aos currículos escolares, mantendo uma educação de boa qualidade a serviço não de todo o povo, mas das elites.

E a quarta, que está por vir e é influenciada pela quarta revolução industrial, com uma alteração no formato de trabalho e modo de vida das pessoas, demanda novos conhecimentos e novos modelos educacionais. Ela envolverá tecnologias como Inteligência Artificial, robótica e Realidade Virtual, dentre outras. O ensino à distância e personalizado ganhará destaque e os professores robôs provavelmente serão uma realidade para suporte efetivo aos professores humanos, não se podendo saber ao certo se tudo isso libertará ou infantilizará os seres humanos.

No relato das revoluções educacionais, notamos como o modo de vida humano costuma vir em primeiro lugar, influenciando uma ruptura gradual no modelo educacional anterior. Mas, mesmo com sua massificação, vimos que a Educação não foi capaz de pulverizar adequadamente o conhecimento, que ainda se mantém nas mentes de poucos.

A relação entre educação e poder sempre foi muito íntima e serviu ao ser humano para o domínio de outras espécies e até mesmo de outros seres humanos, como no caso da escravidão.

Os séculos não foram capazes de resolver a questão entre o poder e a liberdade, sendo certo que o desejo pelo poder, que permeia as mentes humanas e muitas vezes as corrompe, pode aniquilar a liberdade e o próprio ser humano, sendo a educação, neste contexto, fonte de luz e salvação para, inclusive, a compreensão do próprio poder e esclarecimento das mentes humanas, retirando-as da escuridão e da escravidão.

Platão (1999) já evidenciava que jovens bem educados saem-se bons cidadãos, capazes de dominar a si mesmos, ou seja, capazes de ter poder sobre si mesmos, baseando-se na razão para controlar suas ações, de modo a se afastar dos vícios, que lhes desviam das virtudes. Isso exige liberdade plena de consciência e limitação da própria liberdade de agir em prol da sociedade, em prol do bem-comum.

Nesse aspecto, o poder pode retirar a liberdade do próprio poderoso, inclusive, quando esse passa a não ser mais dono de si, não conseguindo controlar o próprio poder que detém, tornando-se escravo dele.

Hannah Arendt (ARENDR, 2012) aponta essa característica expansiva do poder. Ela nos mostra como o poder serve de propulsor ao sentimento imperialista, pois, para sua manutenção, necessita sempre de mais poder, extravasando o próprio indivíduo e o Estado.[6] Ela também analisa como a manipulação das massas e a propaganda serviram aos regimes totalitários de Hitler e Stálin para a manutenção do poder,[7] revelando outro aspecto dele, o sentido.

Byung Chu Han demonstra que a criação de sentido é importante ao poder, posto que, quando a vontade dos subordinados se confunde com a do poderoso, o poder se estabiliza, tornando-se absoluto.[8] Tal estabilidade pode servir para algo bom ou ruim, a depender do sentido que foi dado, o qual influenciará o futuro.

Assim, a educação, que pode ser entendida como um processo para a conquista do conhecimento e, portanto, para a construção de sentido, tem o condão de libertar ou aprisionar a mente dos educandos, a depender de fatores como seu modelo e conteúdo.

Não só a falta de acesso à educação pode manter a dominação, devido ao monopólio de o conhecimento pelos dominantes servir-lhes de fator de poder, mas

também, e principalmente, a educação viciada quanto ao seu modo e ou conteúdo pode criar um sentido que sirva apenas aos interesses dos dominantes, caracterizando-se como instrumento de manutenção de poder e não de libertação, desvirtuando-se.[9]

Por isso, a educação, que surge como direito social a ser garantido pelos Estados para a preservação da liberdade, não é qualquer educação, mas uma educação desvinculada de ideologias dominadoras.[10] Uma educação que vise aos interesses humanos e que gere conhecimento aberto e livre, sem direcionamentos, mas proporcionando consciência aos educandos, para que possam exercer livremente suas deliberações, seus juízos e alcançar suas próprias conclusões, inclusive desafiando os dogmas a eles expostos.

Para tanto, é necessário mais do que uma educação baseada na razão instrumental, que busca qualificar os indivíduos para exercerem suas funções laborais, é necessário dar foco na razão crítica, ou seja, aquela que ensina a pensar.[11]

E a educação que visa a ensinar a pensar não pode se basear somente na escolha de conteúdos e apresentação dos mesmos aos alunos, mas, sim, numa construção entre professores e alunos pela qual ambos aprendem e ensinam.[12]

Tal construção deve se basear no objeto do ensino e não na forma, posto que a forma será criada na interação professor-aluno. Essa interação deve ocorrer despida de autoridade quanto ao saber, pois somente assim será livre e servirá para uma construção imparcial do conhecimento, dotando tanto professor como aluno de consciência racional, baseada na razão crítica e não somente em dogmas, que podem ser facilmente utilizados como instrumento de doutrinação e exercício de poder por camadas dominantes da sociedade.

Marcia Alvim (2006, p. 185) chama a atenção também quanto ao caráter de preparação afetiva e emocional da educação, posto que a educação deve servir ao “desenvolvimento de todas as potencialidades do homem”, de modo que o habilite para lidar “com as múltiplas demandas que a vida vai constantemente lhe oferecer. Demandas de ordem econômica, material, mas também demandas afetivas, emocionais, igualmente capazes de alterar o delicado equilíbrio da sensibilidade humana”.

Nesse aspecto está um dos grandes desafios atuais dos robôs professores, pois são seres que, apesar de poderem identificar certas emoções humanas e com a utilização da inteligência artificial interpretá-las e até simulá-las, não conseguem

senti-las como um ser humano, sendo certo que isso impacta em sua empatia e sociabilidade.[13]

Como ensina Philippe Perrenoud (2000, p. 142.): “ensina-se o que se é”. Nesse sentido, se adotarmos uma interpretação literal dos dizeres do autor, podemos chegar à conclusão de que robôs ensinam pessoas a serem robôs, o que não se distancia muito de uma educação humana ortodoxa baseada num método rígido de ensino, mas que não serve ao mundo contemporâneo.

A educação mundialmente reconhecida aos seres humanos através da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é uma educação libertadora, que visa a desenvolver a personalidade humana, proteger os direitos humanos e promover a paz. Assim a carta em comento a descreve:[14]

A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

Portanto, o dever do Estado é não somente dar acesso aos seres humanos à educação, mas garantir que esta cumpra seu papel que, como vimos, vai muito além do que informar. Educar é “capacitar o homem a exercer seu papel de sujeito da história, por meio da sua compreensão da cultura existente em suas diversas facetas” (BASILIO, 2009, p. 27).

Nesse sentido, Seldon e Abidoye (2018) definem pessoas educadas como aquelas “capazes de pensar por si mesmas de forma independente, de tomar decisões para seu próprio bem e o benefício da sociedade, e serem capazes de realizar todas as suas potencialidades humanas”,[15] ou seja, educar envolve não somente instrumentalizar o ser humano para o exercício de suas funções laborais, mas ensiná-lo a refletir, capacitando-lhe a compreender o mundo e escolher conscientemente suas ações ou omissões, sendo soberano sobre si mesmo e, assim, potencialmente livre.[16]

4. EDUCAÇÃO E TECNOLOGIA

Como vimos na introdução do presente artigo, a sociedade moderna vive atualmente numa fase líquida, na qual tudo se modifica tão rapidamente que não há tempo para se solidificarem e criarem identidade.

Nesse ambiente, as discussões tanto quanto ao melhor método educacional como quanto ao melhor conteúdo da educação se tornam desafiadoras e, muitas vezes, inconclusivas.

Já faz muitos anos que são discutidas quais seriam as competências ideais para os professores e a melhor forma de apresentação do conhecimento aos alunos.

Alguns governos chegaram a publicar leis ou referenciais com descrição de competências exigidas ou necessárias para apoiar os professores quanto ao desempenho da função.

O fato é que o consenso está longe de ser atingido, mas existe uma competência que permeia diversos trabalhos sobre o tema, qual seja, o uso de tecnologia como suporte ao ensino.

A tecnologia sempre esteve atrelada ao desenvolvimento da humanidade. Sem ela seria impossível chegarmos onde chegamos. Podemos considerar como um dos primeiros movimentos tecnológicos humanos a elaboração de ferramentas de pedra, madeira e ossos. A descoberta do fogo e de como aplicá-lo para diversas finalidades também foi fundamental para o progresso humano.

A palavra “tecnologia” vem da junção dos termos gregos “tekne”, que significa técnica, arte, ofício, e “logos”, que significa conjunto dos saberes. Existem diversas acepções atualmente para ela,[17] mas podemos concebê-la como “a totalidade de coisas que a engenhosidade do cérebro humano conseguiu criar em todas as épocas, suas formas de uso, suas aplicações” (KENSKI, 2012, pp. 15-25).

Mas, quando tratamos da introdução do uso de tecnologias no processo educacional atualmente, falamos das novas tecnologias, principalmente daquelas relacionadas aos processos de informação e comunicação, como a informática e a inteligência artificial.

Não há dúvida que a invenção do computador foi um passo importantíssimo na história da humanidade. Processo o qual abriu caminho para a descoberta talvez mais relevante de nossa Era: a descoberta da Internet.

A internet, com o suporte da Web, possibilitou uma modificação significativa na dinâmica da comunicação social, transformando para sempre o modo de vida dos seres humanos e abrindo uma gama de possibilidades tão grande quanto a sua utilização, que nos leva a crer que ela rompeu com o passado, nos colocando em meio a uma nova fase da humanidade: a Era Digital.[18]

Nessa Era, as relações passam a ocorrer em ambientes virtuais e os dados transmitidos e produzidos nesses ambientes começam a servir de base para que algoritmos os interpretem e tomem decisões. Os *softwares* ganham destaque e passam a ser tão valorizados que se tornam carros-chefes da economia,[19] utilizando-se de um novo combustível, que já vale mais do que petróleo, os dados pessoais que transitam na Internet (LOUREIRO, 2018 e PITTA, 2019).

É nesse ambiente que ocorre uma revolução tecnológica disruptiva, a qual lidera revoluções em outros campos, como o da Educação.

As salas de aula e os materiais de ensino se tornam, cada vez mais, virtuais. *Softwares* são utilizados para ensinar em cursos on-line. Livros são acessados em bibliotecas virtuais. Materiais são repassados por *e-mail* e *Whatsapp*, muitas vezes sem existir em versão física.

A tecnologia invade definitivamente o ambiente de ensino, mas, agora, diferentemente do passado próximo, não como objeto de estudo, mas como ferramenta de ensino.[20]

Tecnologias como a Inteligência Artificial (IA) ganham espaço, podendo ser muito eficientes para a busca e transmissão de informações. A capacidade de busca e interpretação de dados evolui de uma forma tão fabulosa que seria impossível a um ser humano conseguir buscar, interpretar e repassar a informação na velocidade alcançada por um *software* de inteligência artificial.

Porém, a interação com um *software* via computador ainda é fria e desestimulante, o que abre espaço para uma nova forma de aplicação da inteligência artificial, a utilização dela em robôs humanoides voltados ao ensino, tema que estamos trabalhando.

4.1. O professor robô

Quando falamos de robô, logo nos vem à mente a figura de uma máquina com formas humanas. Porém, o conceito de robô é mais amplo.

Um robô pode ser entendido "como qualquer máquina operada automaticamente que substitua o esforço humano, embora não se pareça com os seres humanos na aparência ou desempenhe funções de maneira humana" (ENCYCLOPEDIA BRITANNICA. *Robot, tradução nossa*)[21]. O termo deriva da palavra checa *robot*, que significa "trabalho forçado" ou "servo", e foi utilizada pela primeira

vez na peça teatral Rossum's Universal Robots (R.U.R), de Karel Capek, em 1920 (ENCYCLOPEDIA BRITANNICA, *Robotics*).

Em 1942, Isaac Asimov utilizou pela primeira vez o termo "robótica" em sua obra de ficção científica chamada *Runaround*. Atualmente, robótica significa "a disciplina de engenharia que trata do projeto, construção e operação dos robôs" (ENCYCLOPEDIA BRITANNICA, *Robot*, tradução nossa)[22].

O primeiro robô industrial foi desenvolvido pelos americanos George Devol e Joseph Engelberger, em 1959. Era um braço mecânico que pesava duas toneladas e era controlado por um programa em um tambor magnético (IFR). Durante a década seguinte, a robótica ganhou papel importante na automação industrial.

Diversos avanços e novas aplicações da robótica ocorreram nas décadas seguintes e, em 1970, foi criado o "Shakey", primeiro robô controlado por inteligência artificial, produzido pela SRI International (BELLIS, 2019).

Em 1973, foi criado, no Japão, o primeiro robô Humanoide,[23] que reproduzia características do corpo humano, denominado o WABOT-1. E, em 1994, o Massachusetts Institute of Technology (MIT), nos EUA, criou o COG, primeiro humanoide com desenvolvimento cognitivo, ou seja, um robô humanoide que poderia aprender (LAZARETTI, 2018).

A partir desse momento, o casamento entre robótica e Inteligência Artificial estava concretizado em termos práticos e sua aplicação se diversificaria dia após dia, até que, em 2009, o professor Hiroshi Kobayashi desenvolveu, em Tóquio, o primeiro professor robô humanoide da história, denominado Saya (THE GUARDIAN, 2009).

O avanço tecnológico no campo da robótica é evidente, e sua junção com a Inteligência Artificial parece nos aproximar cada vez mais de um novo marco histórico na evolução da civilização. Contudo, ainda existem desafios que precisam ser transpostos, dos quais trataremos adiante. Antes, vamos falar um pouco sobre a Inteligência Artificial.

4.1.1. A Inteligência Artificial

Apesar do desejo antigo do ser humano de criar máquinas que pudessem lhe ser semelhantes e de divagações e estudos prévios sobre a possibilidade de máquinas poderem ser inteligentes, a Inteligência Artificial surge como um campo de estudo formal da ciência da computação em 1956, através de um grupo de

estudos da Dartmouth College, nos Estados Unidos, liderado pelo cientista americano John McCarthy (SELDON; ABIDOYE, 2018).

Ela pode ser entendida, de uma forma simplista, como o campo da ciência que estuda como reproduzir a inteligência humana através de máquinas (MCCARTHY, J. et al , 1955)[24] ou, também, como o próprio objeto desse estudo, ou seja, o sistema computacional que imita o sistema de inteligência humano.

Já de uma forma um pouco mais profunda, podemos conceituá-la como “a teoria e o desenvolvimento de sistemas de computador capazes de executar tarefas que normalmente exigem inteligência humana, como percepção visual, reconhecimento de fala, tomada de decisão e tradução entre idiomas” (LEXICO, *Artificial intelligence*, tradução nossa).[25] ou, ainda:

a capacidade de um computador digital ou robô controlado por computador para executar tarefas comumente associadas a seres inteligentes. O termo é frequentemente aplicado ao projeto de desenvolver sistemas dotados de processos intelectuais característicos dos seres humanos, como a capacidade de raciocinar, descobrir significado, generalizar ou aprender com experiências passadas (ENCYCLOPEDIA BRITANNICA. *Artificial intelligence*, tradução nossa).[26]

O Conselho Britânico de Pesquisas em Engenharia e Ciências Físicas explica que “as tecnologias de Inteligência Artificial (IA) visam reproduzir ou superar habilidades (em sistemas computacionais) que exigiriam ‘inteligência’ se os humanos as realizassem. Isso inclui: aprendizado e adaptação; compreensão sensorial e interação; raciocínio e planejamento; busca e otimização; autonomia; e criatividade” (ENGINEERING and Physical Sciences Research Council, *Artificial intelligence technologies*).[27]

Dessa forma, a finalidade da Inteligência Artificial é simular os processos cognitivos da inteligência humana, de modo a possibilitar maior autonomia às máquinas, que passam a conseguir lidar com situações adversas sem a necessidade de intervenção humana. Isso pode ocorrer quando a IA é aplicada para o desempenho de uma atividade específica, como para um jogo de xadrez, onde ela interpreta movimentos e toma decisões de movimento das peças; ou, de forma genérica, quando a IA é aplicada para simular um ser humano. No primeiro caso, a IA é chamada de IA fraca, específica ou aplicada, enquanto que, no segundo caso, ela é chamada de IA forte, geral ou plena (SELDON; ABIDOYE, 2018).

A IA tem diversas aplicações e pode interagir com o mundo físico por diversas vias, sendo certo que a robótica é apenas uma dessas.[28]

Analisados os principais elementos que constituem o robô professor humanoide (robótica e Inteligência Artificial), agora passemos a tratar dele.

4.1.2. Os robôs humanoides na educação

Apesar de diversos tipos diferentes de robôs poderem ser utilizados como suporte no processo educacional, neste artigo nos detemos à análise dos robôs humanoides.

Amanda J. C. Sharkey (2016) apresenta um rol exemplificativo de quatro cenários possíveis quanto ao uso de robôs na sala de aula. O primeiro, relativo ao robô como professor. O segundo, relativo ao robô como companhia e par dos educandos, auxiliando-os no processo de aprendizado. O terceiro, relativo ao robô como cuidador do educando. E o quarto, referente ao robô como telepresença do professor, quando apenas reproduz a imagem do professor que está fisicamente em outro local.

Ela analisa questões éticas quanto ao uso de professores robôs e elenca alguns desafios e algumas justificativas para o seu uso. Dentre os desafios, ela destaca: a) os riscos à privacidade, uma vez que terceiros podem ter acesso aos dados dos alunos, coletados pelos robôs; b) a tratativa de questões emocionais, como o apego, a decepção e a perda do contato humano; e c) questões sobre o controle e a responsabilidade dos robôs quanto aos educandos, pois enxerga dificuldades quanto aos robôs exercerem autoridade e tomarem decisões éticas (SHARKEY, 2016).

Já quanto às justificativas para o uso deles, ela aponta: a) utilização em situações que envolvam tarefas perigosas, sejam sujas ou sem graça para as pessoas; b) para superar a performance humana; c) quando ofereça algo que, de outra forma, não estaria disponível; d) para sinalizar que a organização que o está implantando é avançada tecnologicamente; e e) por motivos econômicos, quando o custo for mais efetivo do que a alternativa humana (SHARKEY, 2016).

Tais reflexões são importantes para a análise do tema, pois reforçam a necessidade de análise e discussão mais detida sobre ele.

Atualmente, os professores robôs são utilizados com bons resultados para o ensino de idiomas e para estimular crianças com autismo.[29]

Existem visões bastante otimistas quanto ao mercado dos robôs professores. Um relatório da Fiescnet aponta um avanço contínuo a curto e médio prazo no campo da IA quanto ao processamento de língua natural e afetividade, o que deve fortalecer a intenção da utilização de professores robôs (VICARI, 2018, pp. 43-44).

Também, o uso da tecnologia na educação é importante para apoiar os professores e inserir os alunos na Era Digital, de modo que eles não fiquem à parte da sociedade, ou seja, o professor robô, de certo modo, faz parte da inclusão digital dos alunos e da socialização deles com os humanoides que, cada vez mais, estarão no mundo.

Outro argumento a favor da utilização deles é o fato de alguns países enfrentarem um déficit de profissionais para o ensino em determinadas áreas.

Mas, se, por um lado, a tecnologia vem para ajudar, por outro, causa receio. Uma pesquisa conduzida em 2012, envolvendo 27.000 pessoas na Europa, apontou que 34% delas pensavam que robôs tinham que ser banidos do campo da educação e 60% pensavam que eles deveriam ser banidos do papel de cuidado de crianças e idosos ou pessoas com deficiência. Enquanto apenas 3% concordavam com seu uso nesse contexto (SHARKEY, 2006, p. 283).

Tal preocupação é justificável diante da importância da educação e de sua complexidade relacionada, dentre outras coisas, a fatores emocionais e afetivos, que permeiam o processo ensino-aprendizagem.

Como já destacado anteriormente, segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a instrução deve ser orientada para: 1) o pleno desenvolvimento da personalidade humana; 2) fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais; 3) promover a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos; e 4) manutenção da paz. Dessa forma, qualquer atividade de ensino-aprendizagem deve observá-los.

E, além de tais orientações, o professor deve se ater às finalidades da educação, que, segundo Seldon e Abidoye (2018), podem ser classificadas em: 1) educar os cidadãos para exercerem função econômica e militar; 2) socialização; 3) transferência cultural; 4) desenvolvimento do inato potencial humano; e 5) autodesenvolvimento, discernimento da sabedoria e desenvolvimento da individualidade.

Assim, quanto às questões técnicas que envolvam apenas lógica e informação, parece que os robôs professores se sairão bem, pois a capacidade de

coleta e processamento de dados atual da IA é muito superior do que a capacidade humana, o que lhe dá condição de se destacar. Mas a questão é diferente quando tratamos das habilidades emocionais, sociais e éticas.

Obviamente, os robôs não sentem emoções, mas eles podem simulá-las automaticamente com base em interpretação de dados de biometria facial e corporal, bem como de voz das pessoas com quem interagem.[30] Mas esse campo ainda exige muito desenvolvimento.

Provavelmente, no futuro, se chegará a um modelo de professor robô com um processamento tão rápido e eficiente dos dados de seus interlocutores, bem como, que se pareça tanto com os aspectos corporais humanos, que conseguirá simular de maneira bastante precisa as emoções humanas, o que deve tornar o professor robô mais empático e sociável. Mas será algo sempre artificial, cujas consequências quanto ao relacionamento com humanos ainda não sabemos.

No entanto, mesmo superando a questão da empatia e do relacionamento social, a ética de tais seres precisa ser acompanhada de perto, pois será uma reprodução baseada em algo e esse algo é o que precisamos entender. Quem determina a ética desses robôs? Que conjunto de fatores influenciará a ética deles e a constituirão? Esse é outro desafio que precisará ser transposto.

O fato é que os professores robôs estão aí e podem colaborar com os professores humanos, tratando das tarefas de suporte à educação como separação de material e envio aos alunos, elaboração de apresentação, suporte a alunos com dificuldade, elaboração e agendamento de relatórios e avaliações etc., enfim, atividades que retiram o foco do professor no aluno e no processo de ensino-aprendizagem.

É nesse sentido que alguns autores enxergam a utilidade dos robôs na Educação, como máquinas que podem apoiar os professores humanos e os alunos no processo educacional, mas não conseguem ainda substituir os professores humanos.[31]

5. ONDE PRETENDEMOS CHEGAR?

Uma boa forma de nos projetarmos para o futuro é entendermos o nosso passado e presente. Quando entendemos onde estamos e como chegamos, fica mais fácil sabermos aonde pretendemos ir. Isso evita retrocessos.

Como vimos até agora, a concepção de um ser humano individualizado e separado do Estado surge com o movimento iluminista, que culmina na Revolução

Francesa do século XVIII. A partir daí, o ser humano passa a ser visto como um ser digno de direitos que preservem a sua liberdade frente ao Estado e demais membros da sociedade. Porém, a consolidação dessa visão ocorre somente quase dois séculos mais tarde, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, permitindo às nações deixarem de discutir sobre a existência dos direitos humanos para discutir como efetivá-los. Diversos acordos internacionais foram assinados nesse sentido, como busca de efetivação dos direitos humanos mundialmente.[32]

O Direito à educação surge nesse contexto, ou seja, como forma de garantir a liberdade humana. Então, uma educação que não busque garantir a liberdade humana não pode ser entendida como educação.

E garantir a liberdade não é somente garantir a não intromissão externa (do Estado, da sociedade etc.) na esfera individual dos seres humanos, mas também dar a cada indivíduo instrumentos que lhe garantam tal liberdade, como a consciência suficiente para que entendam as situações a que serão submetidos durante suas vidas e consigam sobre elas escolher sem influência externa direta ou indireta.

Com isso, o uso de novas tecnologias na educação é essencial para garantir o conhecimento necessário do mundo e das coisas que nele habitam. Isso provoca uma consciência plena. Porém, o uso de tais tecnologias com finalidade apenas instrumental não atende àquilo que se espera da Educação. Afinal, a educação também e precipuamente deve ensinar os indivíduos a pensar, ou seja, proporcionar-lhe razão crítica.

Uma máquina que sirva de suporte à educação e que possibilite o aluno a pensar livremente e criticamente será sempre bem-vinda, mas uma máquina que sirva de objeto para manutenção de poder ou que, de alguma forma, sirva para restrição de liberdades nunca poderá existir no ambiente educacional, sob pena de retrocesso histórico e infração à ordem jurídica nacional e internacional.

É com essa ótica que precisamos pensar onde queremos chegar com os professores robôs, que significam um avanço tecnológico muito importante para a humanidade, mas que ainda nos desafiam quanto a questões importantes como privacidade, sociabilidade, ética e possibilidade de sua utilização para fins de implementação de ideologias dominadoras. Não esgotamos aqui os desafios, mas pretendemos elencar talvez os mais evidentes.

Quanto à privacidade, a coleta inestimável de dados pessoais, como movimentos faciais e corporais, fala, assim como o armazenamento e tratamento destes dados, bem como seu cruzamento com outros para que seja possível uma

interação mais amigável dos robôs professores com os alunos, causam incertezas quanto à capacidade de proteção de tais dados, bem como quanto à utilização dos mesmos de forma adequada.

Legislações ao redor do mundo estão cada vez mais restritivas quanto à coleta e tratamento de dados pessoais, principalmente quando envolvam menores de idade.[33] Atualmente, mais de 100 países possuem leis sobre proteção de dados no mundo, representando cerca de 58% do globo terrestre,[34] o que revela como o assunto tem relevância e deve ser um dos principais desafios a ser enfrentado pelos fabricantes dos professores robôs e escolas que deles se utilizam.

Quanto à sociabilidade, atualmente os robôs professores ainda não conseguem responder à altura do esperado pelos humanos para uma interação social. Mas o futuro é promissor e estudos em andamento devem levar a um aprimoramento constante dessa habilidade, conforme vimos anteriormente.

O ponto é que não sabemos ainda os efeitos dessa “sociabilização” com robôs, do “estar só junto”,[35] do conversar com um ser que simula emoções. Uma educação realizada por um robô transformaria os indivíduos em máquinas humanas, ou seja, em seres instrumentais e não pensantes ou reduzidos de emoções? Essas e algumas outras são dúvidas ainda precisam ser esclarecidas.

A ética é outro desafio a ser encarado pelos professores robôs. Dúvidas surgem quanto a como os robôs deverão se comportar. Um dos papéis do professor hoje é educar pelo exemplo (PERRENOUD, 2000, p. 141-143) e o exemplo que será dado pelo robô professor será aquele que os algoritmos de sua inteligência artificial permitirem. A ética do robô será construída a partir da forma de interpretação dos dados que lhe for dada por quem cria ou controla sua inteligência.

Talvez, um dia, a cria se desvincule de seu criador totalmente, mas o que existirá ainda, por muitos anos, é uma vinculação óbvia entre ambos (robô e ser humano programador).

Nesse sentido, a atenção dos cidadãos quanto aos estudos e formato éticos desenvolvidos para serem utilizados em robôs professores é de essencial importância para evitar que valores sociais corrompidos sejam passados aos alunos.[36]

Já quanto ao fato de o professor robô poder ser utilizado como ferramenta de dominação por poderosos, podemos dizer que, por muito tempo, a educação foi ortodoxa e o ensino era fundamentado em valores impostos pelo Estado e ou pela Igreja (FRANCO JÚNIOR, 2011, p. 104-107). A exteriorização do

pensamento humano não era livre e muitas pessoas foram mortas ao longo dos séculos apenas por exporem pensamentos diversos daqueles que lhes foram impostos.[37] A educação nesse contexto formava pessoas para o trabalho e não para pensarem e questionarem sua forma de vida. Tal educação era realizada por seres humanos, mas parecia formar o indivíduo para ser uma máquina humana que se comportava como robô, ou *robot*, que significa servo, conforme vimos anteriormente.

Porém, agora, a realidade é outra, pelo menos a realidade reconhecida internacionalmente por muitos países em declarações e tratados internacionais. Agora, a educação não deve formar robôs, mas, sim, seres humanos livres. Para tanto, o professor, seja ele humano ou robô, deve cumprir seu papel, de acordo com as responsabilidades sociais e éticas da profissão.

Tendo em vista as limitações da tecnologia atual quanto aos professores robôs, conforme exposto anteriormente, não nos parece adequada a utilização nesse momento de robôs professores atuando de forma independente, o que talvez, no futuro, possa ocorrer.

A questão econômica e ou de escassez de mão de obra qualificada deve levar alguns países a buscarem implementar professores robôs humanoides mais rapidamente do que outros, para reduzir custos com a educação e cobrirem seu déficit educacional. Ocorre que é necessário sempre termos em mente que uma educação baseada apenas na razão instrumental, que não prepare o ser humano para pensar e exercer escolha livre nem atenda suas necessidades emocionais e sociais, não pode ser entendida como educação.

Assim, o Estado não estará cumprindo seu dever social e legal se não proporcionar uma educação adequada. Daí a importância de nos atentarmos para a forma de introdução dos professores robôs humanoides no ambiente de ensino.

6. CONCLUSÃO

A utilização de robôs não como professores independentes, mas como suporte ao professor humano pode trazer benefícios para o ensino, na medida em que isso reduz a carga de trabalho burocrático do professor humano e lhe permite dar mais atenção aos alunos, além de possibilitar o desenvolvimento dos alunos quanto à interação com as máquinas, cuja tendência é existirem em nosso mundo cada vez em maior quantidade.

Além disso, estudos indicam bons resultados na utilização de robôs professores para o ensino de idiomas,[38] o que nos leva a crer que, em temas

envolvendo razão instrumental, eles possam significar um bom suporte. Mas precisarão dos professores humanos acompanhando o desenvolvimento do aluno, principalmente em seu caráter emocional e estabelecendo o vínculo afetivo próprio das relações humanas e que ajuda no processo de aprendizado.

A Educação é um instrumento garantidor da liberdade e a tecnologia existe para nos ajudar nessa tarefa. Por isso, o professor robô deve ser considerado para tanto. Contudo, ainda é necessário o desenvolvimento dele quanto a questões de privacidade, sociabilidade e ética, dentre outras que possam ser identificadas, de modo que ele se enquadre adequadamente nesse processo.

A liquidez da quarta revolução educacional força as últimas paredes do ensino e os professores robôs estão se adaptando a essa nova fase. Eles vieram para ficar e devem nos ajudar. Porém, nossa sobrevivência digna estará no fato de conseguirmos nadar livremente ao lado deles pelas correntezas sociais, não como máquinas, mas, sim, como seres humanos.

7. REFERÊNCIAS

ACOSTA, Daniel Yamauchi. **Estado, humanidade e liberdade**: a liberdade de contratar. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2018.

ARENDT, Hanna. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martins Claret, 2002.

BASILIO, Dione Ribeiro. **Direito à educação**: um direito essencial ao exercício da cidadania. Sua proteção à luz da teoria dos direitos fundamentais e da Constituição Federal brasileira de 1988. 2009. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

____; LYON, David. **Vigilância Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BELPAEME, Tony et al. Social robots for education: a review. **Science Robotics - Review**. Publicado em 15 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/327046544_Social_robots_for_education_A_review>. Acesso em: 21 nov. 2019.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha; BITTAR, Eduardo C. B. (Orgs.). **Direitos humanos fundamentais**: positivação e concretização. Rio de Janeiro: EDIFIEO, 2006.

FRANCO JÚNIOR, Hilário. **A Idade Média, nascimento do ocidente**. 9ª reimpressão. 2ª ed., rev. e ampliada. São Paulo: Brasiliense, 2011.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 64ª ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Paz & Terra, 2017.

HAN, Byung-Chul. **O que é poder?** Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2019.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. 3ª ed. ver. e ampliada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

KENSKI, Vani Moreira. **Educação e tecnologias**: um novo ritmo da informação. 8ª ed. Campinas: Papyrus, 2012.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. Série Clássicos. Bauru, SP: EDIPRO, 2004.

PERRENOUD, Philippe. Tradução de Patrícia Chittoni Ramos. **10 novas competências para ensinar**. Porto Alegre: Artmed, 2000.

ROUSSEAU, Jean Jacques. Tradução de Sérgio Milliet. **Emílio ou Da Educação**. 3ª edição. Rio de Janeiro - São Paulo: Difel, 1979.

SELDON, Anthory; ABIDOYE, Oladimeji. **The Fourth Education Revolution**. England: The University of Buckingham Press, 2018.

TURKLE, Sherry. **Alone together**: why we expect more from technology and less from each other. 3ª ed (revised e-book edition). New York: Basic books, 2017.

SHARKEY, Amanda J. C. Should we welcome robot teachers? **Ethics Inf Technol**, 2006, 18:283-297 [PDF]. Publicado em 10 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs10676-016-9387-z.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

VASAK, Karel. **The UNESCO Courier**: a window open on the world, XXX, 11, p. 28-29, 32, illus. 1977. Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000048063>>. Acesso em: 21. nov. 2019.

VICARI, Rosa Maria. **Tendências em inteligência artificial na educação no período de 2017 a 2030**: sumário executivo. Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial.

Departamento Nacional. Brasília: SENAI, 2018 [PDF]. Disponível em: <<http://www2.fiescnet.com.br/web/uploads/recursos/d1dbf03635c1ad8ad3607190f17c9a19.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

Websites

BELLIS, Mary. Who Pioneered Robotics? A Historical Timeline About Robotics. **ThoughtCo**. Publicado em 03 de julho de 2019. Disponível em: <<https://www.thoughtco.com/timeline-of-robots-1992363>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

CANO, Rosa Jiménez. O robô racista, sexista e xenófobo da Microsoft acaba silenciado. **El País Brasil**. Publicado em 25 de março de 2016. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/24/tecnologia/1458855274_096966.html>. Acesso em: 21 nov. 2019.

DE CHIARA, Márcia. 'Fintechs avançaram sobre bancos grandes', diz Troster. **Uol**. Publicado em 29 de abril de 2019. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2019/04/29/fintechs-avancaram-sobre-bancos-grandes-diz-troster.htm>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

DLA PIPER. **Compare data protection laws around the world**. Disponível em: <<https://www.dlapiperdataprotection.com/>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

EL TIEMPO. Finlândia prueba a robots como educadores en las aulas. **YouTube**. Publicado em 28 de março de 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Od0RQYb95Pw>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

ENCYCLOPEDIA BRITANNICA. **Artificial intelligence**. Artigo publicado em 20 de julho de 1998 e atualizado em 19 de novembro de 2019. Disponível em: <<https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

_____. **Libertas**. Artigo publicado em 14 de janeiro de 2008. Disponível em: <<https://www.britannica.com/topic/Libertas-Roman-religion>>. Acesso em: 21. nov. 2019.

_____. **Robot**. Disponível em: <<https://www.britannica.com/technology/robot-technology>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

_____. **Robotics**. Disponível em: < <https://www.britannica.com/technology/robot-technology/Robotics-research>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

ENGINEERING and Physical Sciences Research Council. **Artificial intelligence technologies**. Disponível em: <<https://epsrc.ukri.org/research/ourportfolio/researchareas/ait/>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

EXAME. **Escola finlandesa testa robôs educadores**. Publicada em 27 de março de 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/escola-finlandesa-testa-robos-educadores/>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

FREITAS, Tainá. Tecnologia na educação: como robôs estão mudando o ensino no Recife. **StartSe**. Publicado em 1º de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://www.startse.com/noticia/ecossistema/60429/como-robos-humanoides-estao-transformando-educacao-no-recife>>. Acesso em: 21. nov. 2019.

FURHAT ROBOTICS. **RISE Conf 2019**: Social robots have finally arrived (Furhat Robotics). Publicado em 19 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=GcDjXA42D4>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

G1. **Oferta e procura por faculdades à distância aumentam no país**. Publicada em 1º de junho de 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/06/01/oferta-e-procura-por-faculdades-a-distancia-aumentam-no-pais.ghtml>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

HESS, Abigail. Meet the robot that passed a college class on philosophy and love. **Restoring Liberty**. Publicado em 22 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://joemiller.us/2017/12/meet-robot-passed-college-class-philosophy-love/>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

IFR - International Federation of Robotics. **Robot History**. Disponível em: <<https://ifr.org/robot-history>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

INTERBRAND. **Best Global Brands 2019 Rankings**. Disponível em: <<https://www.interbrand.com/best-brands/best-global-brands/2019/ranking/>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

LAZARETTI, Bruno. Quais os robôs humanoides mais importantes já criados? **Super Interessante**. Publicado em 04 de julho de 2018. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/quais-os-robos-humanoides-mais-importantes-ja-criados/>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

LEXICO. **Artificial intelligence.** Disponível em: <https://www.lexico.com/en/definition/artificial_intelligence>. Acesso em: 21 nov. 2019.

LIVE MINT. **Robots turn teachers in Bengaluru school, thanks to AI.** Publicado em 1º de setembro de 2019. Disponível em: <<https://www.livemint.com/technology/tech-news/robots-turn-teachers-in-bengaluru-school-thanks-to-ai-1567336339210.html>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

LOUREIRO, Rodrigo. "Os dados são o novo petróleo", Maurício Ruiz, presidente da Intel no Brasil. **Isto É Dinheiro.** Publicado em 09 de março de 2018. Disponível em: <<https://www.istoedinheiro.com.br/os-dados-sao-o-novo-petroleo/>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

MAIA, Rafael. Web ainda é um território não explorado, diz Mark Zucherberg. **Terra.** Publicado em 17 de novembro de 2010. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/negocios-e-ti/web-ainda-e-um-territorio-nao-explorado-diz-mark-zuckerberg,91e95295fb6ea310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

MAXIMIZE Market Research PVT. LTD. **Global Educational Robot Market – Industry Analysis and Forecast (2018-2026) – By Type, By Component, Education Level and region.** Disponível em: <<https://www.maximizemarketresearch.com/market-report/global-educational-robot-market/24364/>>. Acesso em: 21. nov. 2019.

MCCARTHY, J. et al. **A proposal for the dartmouth summer research project on artificial intelligence.** Documento original redigido em 31 de agosto de 1955. Cópia publicada por MCCARTHY, J em 3 de abril de 1996. Disponível em: <<http://www-formal.stanford.edu/jmc/history/dartmouth/dartmouth.html>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

MEC - INEP. **Censo da Educação Superior 2017.** Divulgação dos principais resultados. Brasília, DF, setembro de 2018 [PDF]. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/docman/setembro-2018-pdf/97041-apresentac-a-o-censo-superior-u-ltimo/file>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

MICHAELIS - Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. **Tecnologia.** Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/tecnologia/>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

NAÇÕES UNIDAS - Brasil. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

NOYA, Eloi. Revolution: Who Are The New Competitors In Banking? **Forbes**. Publicado em 30 de julho de 2019. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/esade/2019/07/30/the-fintech-revolution-who-are-the-new-competitors-in-banking/#3d937ea31161>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

OXFORD Research Encyclopedias. Libertas. **Oxford Classical Dictionary**. Publicado em 6 de março de 2016. Disponível em: <<https://oxfordre.com/classics/view/10.1093/acrefore/9780199381135.001.0001/acrefore-9780199381135-e-3680?rskey=kTDj3R&result=2>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

PALMER, Annie. Meet the robo professor: Creepy life-like AI Bina48 teaches a philosophy course at West Point military academy. **Mail Online**. Publicado em 18 de outubro de 2018. Disponível em: <<https://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-6291261/Meet-robo-professor-Bina48-teaches-philosophy-course-West-Point-military-academy.html>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

PAPPAS, Christopher. Top 20 eLearning Statistics For 2019 You Need To Know [Infographic]. **eLearning Industry**. Publicado em 24 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://elearningindustry.com/top-elearning-statistics-2019>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

PITTA, Rafaela. O recurso mais valioso do mundo não é mais petróleo: são dados. **LinkedIn**. Publicado em 1º de março de 2019. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/pulse/o-recurso-mais-valioso-do-mundo-n%C3%A3o-%C3%A9-petr%C3%B3leo-s%C3%A3o-dados-pitta/>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

PORTAL Educação. **O que é tecnologia?** Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/informatica/o-que-e-tecnologia/48269>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

SILVA, Rafael Rodrigues da. Bina48 se torna o primeiro robô a dar aula em uma faculdade. **CanalTech**. Publicado em 22 de outubro de 2018. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/robotica/bina48-se-torna-o-primeiro-robo-a-dar-aula-em-uma-faculdade-125222/>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

SOFTBANK Robotics Europe. Robots teach communication to kids with autism. **YouTube**. Publicado em 20 de abril de 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=lm3vE7YFsGM>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

THE GUARDIAN. **Japan develops world's first robot teacher**. Publicado em 08 de maio de 2009. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/gallery/2009/may/08/1>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

UNITED Nations. Conference on Trade and Development. **Data Protection and Privacy Legislation Worldwide**. Disponível em: <https://unctad.org/en/Pages/DTL/STI_and_ICTs/ICT4D-Legislation/eCom-Data-Protection-Laws.aspx>. Acesso em: 21 nov. 2019.

UNIVERSIDADE de São Paulo - USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração de direitos do homem e do cidadão - 1789**. Disponível em: <<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: 21 nov. 2019.

WEST Point - The U. S. Military Academy. **Facebook**. Disponível em: <<https://www.facebook.com/WestPointUSMA/videos/528338444422788/>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

WION. India's first robot teacher in Bengaluru School. **YouTube**. Publicado em 05 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Vnh7WCqgcZ8&https%3A%2F%2Ftimesofindia.indiatimes.com%2Findia%2Fas-teachers-watch-robots-impart-lessons-in-this-school%2Farticle%2F70867286.cms=>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

NOTAS:

[1] A metáfora da modernidade líquida é cunhada pelo sociólogo e filósofo polonês Zygmunt Bauman para traduzir o momento de transformações constantes que teria suplantado o modelo social anterior, quando havia uma transformação mais lenta e previsível, criando traços de identidade e trazendo segurança às relações pessoais. Para explicar sua metáfora, Bauman afirma que: “Fluidez’ é a qualidade de líquidos e gases. (...) Os líquidos, diferentemente dos sólidos, não mantêm sua forma com facilidade. (...) Os fluidos se movem facilmente. Eles ‘fluem’, ‘escorrem’, ‘esvaem-se’, ‘respingam’, ‘transbordam’, ‘vazam’, ‘inundam’ (...) Essas são razões para considerar ‘fluidez’ ou ‘liquidez’ como metáforas adequadas quando queremos captar a natureza da presente fase (...) na história da modernidade”. E afirma, ainda, que “Tudo é temporário, a modernidade (...) – tal como os líquidos – caracteriza-se pela incapacidade de manter a forma” (BAUMAN, 2001, p. 7-24). Também traz a seguinte explicação, em sua obra vigilância líquida: “Hoje, as sociedades modernas

parecem tão fluidas que faz sentido imaginar que elas estejam numa fase 'líquida'. Sempre em movimento, mas muitas vezes carecendo de certezas e de vínculos duráveis" (BAUMAN, 2013, p. 7).

[2] A transformação social e o aparecimento contínuo de novas tecnologias, bem como o descobrimento de novas formas de aplicação destas estão forçando a sociedade a se adequar, reduzindo ou extinguindo mercados e criando outros de maneira muito veloz. A automação em diversas áreas tem reduzido drasticamente empregos em certas profissões e criado outros em novas áreas. Esse movimento exige uma resposta educacional à altura, com a criação de novos cursos com formatos e conteúdos diversos, bem como uma inevitável mudança estrutural do sistema educacional. Ocorre que um dos grandes problemas enfrentados pela Educação é que essa fluidez e instabilidade torna bastante complexo o trabalho de consolidação do conhecimento. O aumento da procura por cursos à distância e por cursos de curta duração, conjugado com a redução na procura dos cursos de graduação tradicionais, corrobora o que estamos falando e deixa ainda mais árduos os debates sobre o melhor futuro para a educação. Sobre o aumento da procura de cursos de graduação on-line, ver: PAPPAS, Christopher. Top 20 eLearning Statistics For 2019 You Need To Know [Infographic]. *eLearning Industry*. Publicado em 24 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://elearningindustry.com/top-elearning-statistics-2019>>. Acesso em: 21 nov. 2019 (globalmente). E: G1. *Oferta e procura por faculdades à distância aumentam no país*. Publicada em 1º de junho de 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/06/01/oferta-e-procura-por-faculdades-a-distancia-aumentam-no-pais.ghtml>>. Acesso em: 21 nov. 2019; MEC - INEP. *Censo da Educação Superior 2017*. Divulgação dos principais resultados. Brasília, DF, setembro de 2018 [PDF]. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/docman/setembro-2018-pdf/97041-apresentac-a-o-censo-superior-u-ltimo/file>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

[3] Bobbio (2004, p. 4) chama a atenção para o fato de essa inversão de perspectiva entre sociedade/indivíduo para indivíduo/sociedade. Diz ele: "No plano de vista histórico, sustento que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade, segundo a qual, para compreender a sociedade, é preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõe, em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos".

[4] Bobbio (2004, p. 26-27) nos ensina que existem três modos de fundar os valores: “deduzi-los de um dado objetivo constante, como, por exemplo, a natureza humana; considerá-las como verdades evidentes em si mesmas; e finalmente, a descoberta de que, num dado período histórico, eles são geralmente aceitos (precisamente a prova do consenso). (...) A Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do consensus omnium gentium sobre um determinado sistema de valores”.

[5] A classificação dos direitos em gerações foi cunhada pelo jurista checo Karel Vasak, em 1977, através de seu ensaio denominado “A 30-year struggle” [uma luta de 30 anos]. Nesse ensaio ele classificou os direitos humanos em três gerações. A primeira, relativa aos direitos negativos, em que o Estado se abstém de intervir nas liberdades individuais, correspondendo aos direitos civis e políticos. A segunda, relativa aos direitos que exigem uma atividade positiva do Estado para sua implementação, englobando os direitos sociais, econômicos e culturais. E uma terceira, relativa aos direitos de solidariedade, envolvendo o direito ao desenvolvimento, o direito à autodeterminação, os direitos das minorias, o direito a um ambiente saudável, o direito à paz e o direito à propriedade do patrimônio comum da humanidade (VASAK, 1977).

[6] Ao tratar do imperialismo, Hannah Arendt explica que: “Como a força é essencialmente apenas um meio para um fim, qualquer comunidade baseada unicamente na força entra em decadência quando atinge a calma da ordem e da estabilidade; sua completa segurança revela que ela é construída sobre a areia. O poder só é capaz de garantir o status quo adquirindo mais poder; só pode permanecer estável ampliando constantemente sua autoridade através do processo de acúmulo de poder” (ARENDR, 2012, p. 211).

[7] Assim diz ela: “Somente a ralé e a elite podem ser atraídas pelo ímpeto do totalitarismo; as massas têm de ser conquistadas por meio da propaganda.” E continua: “Quando o totalitarismo detém o controle absoluto, substitui a propaganda pela doutrinação e emprega a violência não mais para assustar o povo (o que só é feito nos estágios iniciais, quando ainda existe oposição política), mas para dar realidade às suas doutrinas ideológicas e às suas mentiras utilitárias (ARENDR, 2012, p. 474-475).

[8] Assim afirma o autor: “Na verdade, é o sinal de um poder maior que o subordinado queira expressamente aquilo que o poderoso queira, que o subordinado siga ou, até mesmo antecipe, a vontade do poderoso como sua própria vontade. (...) Um poder maior é, assim, o que forma o futuro do outro, e não o que o bloqueia”. Ele destaca que o hábito aumenta a efetividade do poder e diz:

“Um poder absoluto seria aquele que nunca aparecesse, que nunca fosse assinalado, que, ao contrário, se confundisse completamente na autocompreensividade. O poder resplandece pela ausência” (HAN, Byung-Chul. *O que é poder?* Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2019, p. 11, 13 e 92).

[9] Temos como exemplo de educação manipuladora de sentido a implementada na Alemanha, durante o Nazismo, a qual servia aos interesses do regime e era, em muitos pontos, contrária aos interesses humanos, traçando os alemães como superiores às demais etnias, inclusive.

[10] Existem discussões sobre a possibilidade de a educação ser totalmente desvinculada de ideologias, por várias razões; dentre elas, quanto à escolha do conteúdo a ser ensinado. Mas aqui tratamos da ausência de ideologia como a ausência de sentido para a manutenção do poder pelos dominantes.

[11] “O homem não pensa naturalmente. Pensar é uma arte que se aprende como todas as outras, e até mais dificilmente” (ROUSSEAU, 1979, p. 480). Dione Ribeiro Basilio reforça nosso argumento, ao relatar que, “Com a consolidação da burguesia como classe dominante desde o início do século XIX, seus ideais, baseados no Iluminismo, acabam por direcionar a estrutura social vigente, assumindo uma postura conservadora no sentido de restringir o processo educativo como forma de preservar-se frente às aspirações operárias de mobilidade social. Como forma de auto preservação, é definido um ensino que, ‘uma vez aberto ao proletariado, deve limitar-se à Leitura, à Escrita e ao Cálculo o resto é supérfluo.’ (...) Esse processo educativo fora questionado já no século XX por John DEWEY pela sua conseqüente formação de escravos em razão da não adoção de um pensamento reflexivo, capaz de transformar obscuridade, conflito e dúvida e situações claras e harmoniosas” (BASILIO, 2009, p. 19).

[12] “(...) o educador já não é o que apenas educa, mas o que, enquanto educa, é educado, em diálogo com o educando que, ao ser educado, também educa. Ambos, assim, se tornam sujeitos do processo em que crescem juntos e em que os ‘argumentos de autoridade’ já não valem. Em que, para ser-se, funcionalmente, autoridade, se necessita de estar sendo com as liberdades e não contra elas” (FREIRE, 2017, pp. 95-96).

[13] Existem diversos estudos que visam a analisar a sociabilidade dos robôs e melhorá-la, sendo certo que este item está em fase de evolução. Falaremos mais sobre o tema adiante.

[14] Trecho referente ao item 1º do artigo XXVI da Declaração.

[15] Tradução livre do texto original: “able to think for themselves independently, to make decisions for their own good and the benefit of society, and to be capable of fulfilling all their human potentialities” (SELDON; ABIDOYE, 2018, posição 2104).

[16] Dizemos “potencialmente”, pois existem diversos fatores externos ao indivíduo que podem restringir sua liberdade e a educação é apenas um dos instrumentos de combate a tais fatores, sendo certo que, mesmo um ser humano bem educado, pode não ser livre.

[17] O dicionário Michaelis traz cinco definições de tecnologia: 1. Conjunto de processos, métodos, técnicas e ferramentas relativos a arte, indústria, educação etc. 2. Conhecimento técnico e científico e suas aplicações a um campo particular. 3. Tudo o que é novo em matéria de conhecimento técnico e científico. 4. Linguagem peculiar a um ramo determinado do conhecimento, teórico ou prático e 5. Aplicação dos conhecimentos científicos à produção em geral (MICHAELIS online, tecnologia). O termo “tecnologia” veio da revolução industrial, no final do século XVIII, e desde então tem se expandido para diversas outras áreas, mas, como bem sabemos, é dentro das áreas da engenharia que o termo é mais aplicável. Outras concepções são trazidas, por exemplo, por Martino (1983): “Meios para prover os produtos necessários para o sustento e conforto do homem”. Longo (1984): “Tecnologia é o conjunto de conhecimentos científicos ou empíricos empregados na produção e comercialização de bens e serviços”. Blauner (1964) e Fleury (1978): “Se refere ao conjunto de objetos físicos e operações técnicas (mecanizadas ou manuais) empregadas na transformação de produtos em uma indústria”. Abetti (1989) e Steensma (1996): “um corpo de conhecimentos, ferramentas e técnicas, derivados da ciência e da experiência prática, que é usado no desenvolvimento, projeto, produção, e aplicação de produtos, processos, sistemas e serviços”. E Kruglianskas (1996): “Conjunto de conhecimentos necessários para se conceber, produzir e distribuir bens e serviços de forma competitiva” (PORTAL Educação. *O que é tecnologia?*).

[18] O termo “Era Digital” está sendo amplamente utilizado para referenciar a fase de nossa história em que a dinâmica social passa do ambiente real para o digital. Do *hardware* para o *software*. Na qual os relacionamentos se desenvolvem e se mantêm pela Web, via internet. Na qual os algoritmos ganham destaque e um novo ambiente começa a ser “colonizado”. Certa vez, Mark Zuckerberg, presidente do Facebook, declarou que “A Web ainda é um território não explorado”, levando-nos a refletir sobre as inúmeras possibilidades que ela nos abre, revelando a grandeza desse novo mundo, o mundo digital. Sobre a frase de Mark Zuckerberg, ver: MAIA, Rafael. Web ainda é um território não explorado, diz Mark Zucherberg. *Terra*. Publicado em 17 de novembro de 2010. Disponível em:

<<https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/negocios-e-ti/web-ainda-e-um-territorio-nao-explorado-diz-mark-zuckerberg,91e95295fb6ea310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

[19] As empresas que lideram os *rankings* de marcas mais valiosas do mundo e estão entre as mais lucrativas do planeta trabalham precipuamente com desenvolvimento e ou aplicação de *software*. O fenômeno das “techs” (*fintechs*, *lawtechs* etc.) ganha cada vez mais espaço nas economias e está sendo capaz de criar modelos de negócio capazes de competir com grandes conglomerados econômicos. Ver: INTERBRAND. *Best Global Brands 2019 Rankings*. Disponível em: <<https://www.interbrand.com/best-brands/best-global-brands/2019/ranking/>>. Acesso em: 21 nov. 2019; DE CHIARA, Márcia. *Fintechs avançaram sobre bancos grandes*, diz Troster. *Uol*. Publicado em 29 de abril de 2019. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2019/04/29/fintechs-avancaram-sobre-bancos-grandes-diz-troster.htm>>. Acesso em: 21 nov. 2019; ver também: NOYA, Eloi. *Revolution: Who Are The New Competitors In Banking?* *Forbes*. Publicado em 30 de julho de 2019. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/esade/2019/07/30/the-fintech-revolution-who-are-the-new-competitors-in-banking/#3d937ea31161>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

[20] Perrenoud (2000, p. 127-129) explica a diferença entre o uso das tecnologias como objeto de estudo e como suporte ao ensino. Enquanto o primeiro visa a ensinar a usar dada tecnologia, o segundo visa a utilizar a tecnologia como suporte para o aprendizado de outras coisas. Assim, eu posso usar um computador em sala de aula para ensinar os alunos como utilizá-lo (computador como objeto de estudo) ou posso utilizá-lo para o ensino da informática ou mesmo de história ou geografia (computador como ferramenta).

[21] Tradução livre do texto original: “any automatically operated machine that replaces human effort, though it may not resemble human beings in appearance or perform functions in a humanlike manner”.

[22] Tradução livre do texto original: “the engineering discipline dealing with the design, construction, and operation of robots”.

[23] Robôs humanoides são aqueles que detém características do corpo humano, se aproximando do formato deste.

[24] Isso fica claro no texto da proposta para a conferência que ocorreria em 1956, na Dartmouth College, e que daria origem ao campo de estudos sobre Inteligência Artificial. O texto diz: “We propose that a 2 month, 10 man study of artificial

intelligence be carried out during the summer of 1956 at Dartmouth College in Hanover, New Hampshire. The study is to proceed on the basis of the conjecture that every aspect of learning or any other feature of intelligence can in principle be so precisely described that a machine can be made to simulate it.” Tradução livre: “Propomos que um estudo de inteligência artificial de 2 meses, com 10 homens, seja realizado durante o verão de 1956 no Dartmouth College, em Hanover, New Hampshire. O estudo deve prosseguir com base na conjectura de que todos os aspectos da aprendizagem ou qualquer outro recurso da inteligência podem, em princípio, ser descritos com tanta precisão que uma máquina pode ser fabricada para simulá-la” (MCCARTHY, J. et al. *A proposal for the dartmouth summer research project on artificial intelligence*. Disponível em: <<http://www-formal.stanford.edu/jmc/history/dartmouth/dartmouth.html>>. Acesso em: 21 nov. 2019).

[25] Tradução livre do texto original: “The theory and development of computer systems able to perform tasks normally requiring human intelligence, such as visual perception, speech recognition, decision-making, and translation between languages”.

[26] Tradução livre do texto original: “Artificial intelligence (AI), the ability of a digital computer or computer-controlled robot to perform tasks commonly associated with intelligent beings. The term is frequently applied to the project of developing systems endowed with the intellectual processes characteristic of humans, such as the ability to reason, discover meaning, generalize, or learn from past experience”.

[27] Tradução livre do texto original: “Artificial Intelligence (AI) technologies aim to reproduce or surpass abilities (in computational systems) that would require 'intelligence' if humans were to perform them. These include: learning and adaptation; sensory understanding and interaction; reasoning and planning; search and optimisation; autonomy; and creativity”.

[28] Assim explicam Seldon e Abidoye (2018, posição 1428): “Robotics is concerned with physical movement and human interaction; AI with thought and human impact. AI can have a robotic interface with the world, but a robot is only one of many possible interfaces”. Tradução livre: A robótica está preocupada com o movimento físico e a interação humana; IA com pensamento e impacto humano. A IA pode ter uma interface robótica com o mundo, mas um robô é apenas uma das muitas interfaces possíveis.

- [29] Sobre a utilização para o ensino idiomas, veja o caso do robô IROBI, da Yujin Robotics, que melhorou a concentração e atividades de aprendizado de inglês quando comparado com outras tecnologias (BELPAEME, 2018). Já sobre a utilização de professores robôs para o ensino de crianças com autismo, ver: SOFTBANK Robotics Europe. Robots teach communication to kids with autism. *YouTube*. Publicado em 20 de abril de 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=lm3vE7YFsGM>>. Acesso em: 21 nov. 2019.
- [30] Alguns modelos de robôs são capazes de fazer isso. Estes são chamados de "robôs sociais" ou "robôs sociáveis". Ver: FURHAT ROBOTICS. *RISE Conf 2019*: Social robots have finally arrived (Furhat Robotics). Publicado em 19 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=GscdJXA42D4>>. Acesso em: 21 nov. 2019.
- [31] Nesse sentido é a conclusão do estudo "Social robots for education: A review", publicado pela revista americana "Science Robotics", em 2018, que analisou, com base em meta-dados da literatura sobre robôs para educação, três questões-chaves: "eficácia", "personificação" e "interação". O estudo diz: "Although the use of robots in educational settings is limited by technical and logistical challenges for now, the benefits of physical embodiment may lift robots above competing learning technologies, and classrooms of the future will likely feature robots that assist a human teacher." Em tradução livre: "Embora o uso de robôs em ambientes educacionais seja limitado por desafios técnicos e logísticos por enquanto, os benefícios da incorporação física podem elevar os robôs acima das tecnologias de aprendizagem concorrentes, e as salas de aula do futuro provavelmente terão robôs que ajudarão um professor humano" (BELPAEME, 2018, p. 7).
- [32] Dentre eles, estão: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e seus dois Protocolos Opcionais (sobre procedimento de queixa e sobre pena de morte), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu Protocolo Opcional; a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006) (NAÇÕES UNIDAS - Brasil. *A Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 21 nov. 2019).

[33] Sobre como as legislações de proteção de dados estão se tornando fortes ao redor do mundo, consulte: DLA PIPER. *Compare data protection laws around the world*. Disponível em: <<https://www.dlapiperdataprotection.com/>>. Acesso em: 21 nov. 2019. Estimativas da ONU consideram que 58% dos países no mundo já têm leis sobre proteção de dados. Ver: UNITED Nations. Conference on Trade and Development. *Data Protection and Privacy Legislation Worldwide*. Disponível em: <https://unctad.org/en/Pages/DTL/STI_and ICTs/ICT4D-Legislation/eCom-Data-Protection-Laws.aspx>. Acesso em: 21 nov. 2019.

[34] De acordo com o mapa mundial da ONU sobre o tema. Ver: UNITED, *Ibidem*.

[35] O termo aqui utilizado foi pensado a partir da obra de Sherry Turkle, professora de tecnologia e sociedade do Massachusetts Institute of Technology - MIT, chamada: "Alone together: why we expect more from technology and less from each other?", que nos apresenta reflexões interessantes sobre a interação dos humanos com as máquinas e como essa nova realidade tem alterado nossas vidas sociais, nos levando a um isolamento cada vez maior. A conectividade e os aparelhos não estariam modificando só o que fazemos, mas o que somos.

[36] Veja-se o exemplo do *chatbot* (sistema virtual capaz de gerar conversas que simulam a linguagem humana), criado pela Microsoft, com o nome "Tay", que interagiu com pessoas de 18 a 24 anos via Twitter, baseando-se em Inteligência Artificial, e que passou a emitir mensagens racistas, sexistas e xenofóbicas e teve que ser desativado pela empresa. Ver: CANO, Rosa Jiménez. O robô racista, sexista e xenofobo da Microsoft acaba silenciado. *El País Brasil*. Publicado em 25 de março de 2016. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/24/tecnologia/1458855274_096966.html>. Acesso em: 21 nov. 2019.

[37] Temos uma gama bastante grande de exemplos históricos, como a morte de hereges que proclamam pensamentos contra certas crenças religiosas e a morte daqueles que pensavam contrariamente aos regimes da União Soviética ou ao regime nazista. E, ainda hoje, se olharmos para o mundo, encontraremos tantos outros exemplos, o que revela o caminho longo que ainda existe pela frente para a consolidação da liberdade como direito humano fundamental.

[38] Conforme estudo relacionado ao uso do robô IROBI da Yujin Robotics, que melhorou a concentração e atividades de aprendizado de inglês quando comparado com outras tecnologias (BELPAEME, 2018, p. 06).

A RELAÇÃO EXISTENTE ENTRE A PUBLICIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NÃO EXCLUSIVOS DO ESTADO COM A NOÇÃO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL

DANIEL DE MORAIS MENDES:

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Pós-graduado em Direito Processual Civil e em Direito Administrativo. Servidor público do Tribunal de Justiça do DF - TJDF.

RESUMO: O intuito deste artigo refere-se à abordagem da publicização dos serviços públicos não exclusivos do Estado como meio hábil à concretização da ideia de Administração Pública gerencial, haja vista que, cada vez mais, se observa a necessidade de medidas concretas e céleres para satisfação dos interesses estatais. O presente estudo, portanto, abarca as formas pelas quais o fenômeno da publicização dá ensejo a uma Administração Pública desburocratizada. Tendo em mente a importância da eficiência no âmbito estatal, fez-se necessário abordar as legislações pertinentes à temática, sem, contudo, deixar a crítica doutrinária de fora. Além do mais, a jurisprudência está, cada vez mais, inserindo-se nos contornos práticos dados aos institutos que são objeto de pesquisas, motivo pelo qual os entendimentos dos tribunais pátrios foram cuidadosamente correlacionados com o assunto em questão. Assim, foi constatado o liame existente entre uma administração pública moderna e eficiente com a necessidade de que alguns serviços públicos, que não se apresentam como exclusivos do Estado, serem exercidos de forma prioritária pelo setor público não estatal.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO ADMINISTRATIVO. PUBLICIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NÃO EXCLUSIVOS DO ESTADO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL. TERCEIRO SETOR. CONCRETIZAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO.

ABSTRACT: The purpose of this article is to approach public advertising services that are not exclusive to the State as a means to the implementation of the idea of Public Administration, since, increasingly, there is a need for concrete and rapid measures to satisfy the interests. The present study, therefore, covers the ways in which the phenomenon of publicity gives rise to a bureaucratized Public Administration. Bearing in mind the importance of efficiency at the state level, it was necessary to address the legislation relevant to the subject, without, however, leaving doctrinal criticism outside. Moreover, jurisprudence has increasingly been embedded in the practical contours given to the institutes under investigation, which is why the understandings of the country courts have been carefully correlated with the subject in question. Thus, the link between a modern and efficient public administration was

verified, with the need for some public services, which do not present themselves as exclusive to the State, to be exercised as a priority by the non-state public sector.

KEYWORDS: ADMINISTRATIVE LAW. PUBLICATION OF NON-EXCLUSIVE PUBLIC SERVICES IN THE STATE. MANAGEMENT PUBLIC ADMINISTRATION. THIRD SECTOR. CONCEPT OF PUBLIC INTEREST.

Sumário: 1. Introdução – 2. A reforma administrativa e sua influência em uma administração gerencial; 3. Críticas aos aspectos legais; 4. Cotejo analítico entre as OSs e as OSCIPs; 5. Conclusão; 6. Referências

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda, de início, a existência de pessoas jurídicas que, conquanto não integrem a Administração Pública Direta nem a Indireta, prestam atividades de interesse público. A importância de aludida análise implica diretamente na atual concepção de Administração Pública, qual seja, a gerencial. Analisando-se a pertinência dos serviços públicos, enquanto forma de exteriorização da atuação estatal, é de se verificar que o fenômeno da publicização cresce cada vez mais.

Nessa perspectiva, foram suscitados questionamentos acerca da efetiva utilidade da publicização dos serviços públicos, fazendo-se necessário, outrossim, verificar como ocorre a atuação estatal para que a haja significativa melhora na eficiência da máquina administrativa. Nesse sentido, o objetivo do estudo também consiste numa investigação acerca de como o setor público não estatal atua para que seja construída uma Administração Pública moderna.

O tema em questão traz à lume a questão que envolve a aproximação dos Direitos público e privado. Com efeito, os interesses sociais, sejam públicos ou privados, precisaram interagir para a consecução de um único escopo, e, por isso, não devem divergir ou adentrar em rumos distintos, o que só protelaria a atividade estatal.

Assim, analisar-se-á o fato de que a atuação dos entes públicos atribui um novo caráter ao poder público, qual seja, o de reduzir o papel do Estado na economia para que ele deixasse de ser incumbido direto por atividades econômicas e atuasse somente como fomentador e regulador do mercado. Nesse sentido, acentua Álvaro Villaça Azevedo confirma:

Não se deve colocar no arbítrio das partes muita liberdade sem muita limitação, sendo certo que a tendência moderna é a de intervir, cada vez mais, o Estado na ordem Social e Econômica,

para que as pessoas não usem o poder social ou econômico para oprimirem seus semelhantes (AZEVEDO, 1988, p. 107).

Há a proposta, portanto, de se verificar em que medida a publicização impactará na busca de uma Administração Pública cada vez mais eficiente. Verificando-se, então, que a privatização de atividades que antes eram exercidas pelo Estado e poderiam ser passadas aos particulares está em voga num cenário que se pretende uma administração gerencial, faz-se, de igual modo, averiguar o papel exercido por aqueles que possuem, de forma prioritária, a responsabilidade dos serviços públicos não exclusivos do Estado.

2 A REFORMA ADMINISTRATIVA E SUA INFLUÊNCIA EM UMA ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL

Cumprir constatar, inicialmente, que a conhecida "Reforma Administrativa" sobreveio com o intuito de proporcionar a execução de serviços de interesse social pela sociedade civil, o que ocasionaria a desincumbência da Administração Pública no que tange a algumas atividades tidas por não exclusivas. É de se ver, assim, que a "Reforma Administrativa" consistia, em síntese, numa "implementação de um conjunto de políticas voltadas para a retomada da performance e da qualidade dos serviços públicos (TORRES apud FADUL; SOUZA, 2005).

Por tais motivos, algumas organizações não governamentais surgiram, sendo, inclusive, denominadas de Terceiro Setor. Tencionando alcançar a definição de Terceiro Setor, tem-se, nos dizeres de Fernandes, que se trata de:

Um conjunto de organizações e iniciativas privadas que visam à produção de bens e serviços públicos. Este é o sentido positivo da expressão. "Bens e serviços públicos", nesse caso implicam uma dupla qualificação: não geram lucros e respondem a necessidades coletivas. (FERNANDES, 1994, p.21).

Constituindo o terceiro setor, há as Organizações Sociais (OSs) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), cujas peculiaridades, semelhanças e diferenças passam a ser abordadas.

Analisando, num primeiro momento, as Organizações Sociais (OSs), tem-se que estas são pessoas jurídicas regidas pelo direito privado, não possuindo finalidade lucrativa, cuja criação se deu tencionando a prestação de serviços públicos estatais não-privativos, entretanto são pelo Estado fomentadas e, também, fiscalizadas. A legislação não traz o conceito preciso das Organizações Sociais, mas o art. 1º da Lei nº 9.637/1998 fornece características:

Art. 1º. O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

Malgrado a lei, em tese, não tenha definido precisamente um conceito exato para as conhecidas OSs, a doutrina brasileira, máxime a administrativista, tentou esclarecer o que é uma OSs. Nesse sentido, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a Organização Social "é a qualificação jurídica dada à pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, e que recebe delegação do Poder Público, mediante contrato de gestão, para desempenhar serviço público de natureza social" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2002, p. 27.).

As OSs, então, objeto da Lei n.º 9.637/98, seriam entidades de direito privado sem fins lucrativos e com finalidades públicas, dedicadas ao ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, preservação do meio ambiente, cultura e saúde. Ademias, tem-se que, com o direito a dotação orçamentária, eram vislumbradas como um meio mais eficiente de prestação dos serviços em relação aos quais o Poder Público não atuaria de forma exclusiva.

Nesse sentido, a instituição das entidades como Organizações Sociais tem de observar às condições da Lei n.º 9.637/98, que prevê, dentre outros: as atividades de interesse público que poderão ser prestadas (art. 1: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde); a discricionariedade do ato de qualificação da entidade (art. 2º, II); a desnecessidade de preexistência da pessoa jurídica para que receba essa qualificação (art. 2º, I); a existência de Conselho de Administração, com participação de representantes do Estado (art. 3º, I, a); e o ajuste do contrato de gestão, onde são definidas as formas de incentivo do Poder Público (arts. 5º a 7º e 11 a 15).

Com supedâneo nisso, pode-se inferir três peculiaridades das Organizações Sociais. A uma, que se trata de uma qualificação jurídica atribuída a entidades sem fins lucrativos, que preenchem as exigências legais; a duas, que a área de atuação restringe-se aos serviços públicos não exclusivos estatais; a três, a imprescindibilidade de contrato de gestão, o qual denotará um vínculo entre as OSs e o próprio Estado.

3 CRÍTICAS AOS ASPECTOS LEGAIS

A Lei n.º 9.637/98 tem sido algo de críticas oriundas da doutrina especializada, em virtude de suposta flexibilidade, na qual reduz a presença estatal

na prestação dos serviços públicos. Cite-se, por exemplo, o fato de a lei admitir que uma OS absorva um órgão da administração após extinção deste. Então, a OS poderá fornecer um serviço público, com delegação estatal, tendo, inclusive, a possibilidade de receber recursos orçamentários e bens públicos, e até mesmo ceder servidores indispensáveis à execução do contrato de gestão. É o que dispõe o art. 22 da Lei n.º 9.637/98:

Art. 22. As extinções e a absorção de atividades e serviços por organizações sociais de que trata esta Lei observarão os seguintes preceitos:

I - os servidores integrantes dos quadros permanentes dos órgãos e das entidades extintos terão garantidos todos os direitos e vantagens decorrentes do respectivo cargo ou emprego e integração quadro em extinção nos órgãos ou nas entidades indicados no Anexo II, sendo facultada aos órgãos e entidades supervisoras, ao seu critério exclusivo, a cessão de servidor, irrecusável para este, com ônus para a origem, à organização social que vier a absorver as correspondentes atividades, observados os §§ 1º e 2º do art. 14;

II - a desativação das unidades extintas será realizada mediante inventário de seus bens imóveis e de seu acervo físico, documental e material, bem como dos contratos e convênios, com a adoção de providências dirigidas à manutenção e ao prosseguimento das atividades sociais a cargo dessas unidades, nos termos da legislação aplicável em cada caso;

III - os recursos e as receitas orçamentárias de qualquer natureza, destinados às unidades extintas, serão utilizados no processo de inventário e para a manutenção e o financiamento das atividades sociais até a assinatura do contrato de gestão;

IV - quando necessário, parcela dos recursos orçamentários poderá ser reprogramada, mediante crédito especial a ser enviado ao Congresso Nacional, para o órgão ou entidade supervisora dos contratos de gestão, para o fomento das atividades sociais, assegurada a liberação periódica do respectivo desembolso financeiro para a organização social;

V - encerrados os processos de inventário, os cargos efetivos vagos e os em comissão serão considerados extintos;

VI - a organização social que tiver absorvido as atribuições das unidades extintas poderá adotar os símbolos designativos destes, seguidos da identificação "OS".

§ 1º A absorção pelas organizações sociais das atividades das unidades extintas efetivar-se-á mediante a celebração de contrato de gestão, na forma dos arts. 6º e 7º.

§ 2º Poderá ser adicionada às dotações orçamentárias referidas no inciso IV parcela dos recursos decorrentes da economia de despesa incorrida pela União com os cargos e funções comissionados existentes nas unidades extintas. (grifei)

A controvérsia surge no que toca à necessidade de licitação para a absorção do órgão público extinto, vez que pode implicar no uso exclusivo de bens públicos. Nessa perspectiva, faz-se mister verificar com atenção que a Lei 8.666/93 estabelece claramente, como hipótese de dispensa de licitação, os contratos de prestação de serviços celebrados entre a entidade pública e a Organizações Sociais (art. 24, XXXIV).
Veja-se:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE GESTÃO. LICITAÇÃO. DISPENSA. 1. O contrato de gestão administrativo constitui negócio jurídico criado pela Reforma Administrativa Pública de 1990. 2. A Lei n. 8.666, em seu art. 24, inciso XXIV, dispensa licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão. 3. Instituto Candango de Solidariedade (organização social) versus Distrito Federal. Legalidade de contrato de gestão celebrado entre partes. 4. Ausência de comprovação de prejuízo para a Administração em razão do contrato de gestão firmado. 5. A Ação Popular exige, para sua procedência, o binômio ilicitude e lesividade. 6. Recurso especial improvido. (STJ, RESP 200701138640, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJE 23/06/2008)

A Lei nº 9.648/98, alterando a Lei de Licitações, acrescentou em seu artigo 24, o inciso XXIV, que prevê a dispensa de licitação "para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das

respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão." Referido art. 24, XXIV, ao dispensar de licitação os contratos entre o Estado e as organizações sociais, no entender de alguns tribunais e doutrinadores pátrios, denota-se eivado de inconstitucionalidade, porquanto aludidos contratos ensejam a livre atribuição do qualificativo às entidades privadas, com as vantagens inerentes. No mesmo sentido, há o entendimento do egrégio TJDF, confira-se:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO DE GESTÃO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO.

Liminar que suspende a eficácia do acordo administrativo. Não se evidenciando presente o requisito da fumaça do bom direito, por não estarem os serviços elencados pela administração inseridos dentre aqueles de caráter essencial e social que teriam ensejado a criação do instituto candango de solidariedade, cuja emergencialidade autorizasse a contratação direta, por meio de contrato de gestão, dispensando-se o procedimento licitatório correspondente, não há como se cassar a liminar que suspende os efeitos do contrato administrativo. Agravos conhecidos, mas improvidos. Unânime. (BRASIL. TJDF. AGI nº 20000020053667. Rel.: Des. Vasquez Cruxên. DJU 21 fev. 2001, p. 45)

Ocorre, no entanto, que não apenas existem críticas negativas às OSs. Verifica-se, sim, a presença de avanços sobretudo no que toca ao interesse público. É a hipótese da necessidade de os estatutos das entidades satisfazerem os requisitos arrolados no art. 3º da Lei nº 9.637/1998, sendo prevista a participação de representantes do Estado e da sociedade. Também há o contrato de gestão, que determina limites e estabelece metas a serem atingidas pela entidade, o que enseja um maior controle do uso dos recursos públicos.

4. COTEJO ANALÍTICO ENTRE AS OSs E AS OSCIPs

Analisado, portanto, um breve conceito acerca das OSs, passa-se, agora, a analisar as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs). Tem-se, de início, que a OSCIP é uma qualificação jurídica atribuída a diversas espécies de entidades privadas que atuam em áreas típicas do setor público com interesse social, que podem ser financiadas pelo Poder Público ou até mesmo pela iniciativa privada sem fins lucrativos. Trata-se, em verdade, das entidades típicas do terceiro setor.

Com previsão no ordenamento jurídico brasileiro, entende-se como uma forma de facilitar parcerias e convênios com todos os níveis de governo e órgãos

públicos, permitindo, aliás, que doações realizadas por empresas possam ser descontadas no imposto de renda. Por ser tratar de uma qualificação, e não apenas uma forma de organização propriamente dita, inúmeros modelos de instituições podem (e devem) solicitar a qualificação como OSCIP. Nesse sentido, é necessário consignar que as organizações não-governamentais (ONGs) são tidas como as entidades que mais se subsumem no modelo para solicitar a qualificação de OSCIP. Consigne-se, na oportunidade, algumas similitudes existentes as OSCIPs e as OSs, sendo que a aquela foi melhor concebida do que esta, haja vista a existência de requisitos mais rígidos para que a instituição privada venha receber a qualificação jurídica ora delineada.

Verifica-se, com esteio nas explanações alhures, que as entidades do Terceiro Setor situam-se entre o Estado e o mercado, o que acaba por englobar as entidades públicas não estatais. Com efeito, nesse toada em que se pretende que o fenômeno da publicização ganhe cada vez mais espaço na atividade administrativa, é corolário lógico que os entes de cooperação, especialmente as OSs e as OSCIPs, tornem-se protagonistas nesse árduo processo.

5 CONCLUSÃO

A ideia Administração Pública gerencial obteve seu ápice na década de 90 (noventa), com a noção de que o Estado fosse menor, com a reforma de sua estrutura, de suas atividades desenvolvidas, além, é claro, da redução da burocracia. A publicização dos serviços não exclusivos do Estado foi um de seus eixos norteadores, visto que alguns serviços públicos não exclusivos do Estado deveriam ser exercidos de forma prioritária pelos entes de cooperação.

Ganham relevo, então, as OSs e as OSCIPs, porquanto não se tratam de novas categorias de sujeitos. O que existe, na verdade, é um regime jurídico complementar, aplicável a determinada espécie de pessoas jurídicas de direito privado, que envolve um conjunto de direitos, deveres e poderes. Em resumo, trata-se de qualificações atribuídas a fundações ou associações civis privadas que autorizam receber benefícios diferenciados e assumem o desenvolvimento de atividade administrativa estatal, porém sob regime preponderantemente de direito privado

A atividade administrativa tende a ser cada vez mais célere, pois o próprio administrado assim o exige. A publicização, assim, enseja a modernidade na gestão, o que é o desiderato precípua da ideia de Administração Pública gerencial. Nesse sentido, a participação veemente das OSs e das OSCIPs faz-se mais que necessária num cenário que se pretende eficaz.

À vista disso, conclui-se que as facilidades inerentes à publicização dos serviços públicos não exclusivos do Estado embasam a tão almejada modernidade administrativa. A própria convivência em sociedade encontra-se em real mudança, assim como ciência do Direito. Face ao dinamismo e à evolução do Direito Administrativo, é de perquirir o maior desenvolvimento possível.

A publicização encontra-se intimamente ligada à ideia de Administração Pública gerencial, pois a própria atuação das OSs e das OSCIPs, quando bem geridas e fiscalizadas, concretizam o ideal moderno que há muito tempo vem sendo debatido nas mais diversas escolas acadêmicas e, de igual modo, no seio social.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n.º 9.637, de 15 de janeiro de 1998. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 18 maio de 1998.

BRASIL. Lei nº 9.648/98. Brasília, DF: Senado Federal: Saraiva, 19. ed.

BRASIL. Lei nº Lei 8.666/93. Brasília, DF: Senado Federal: Saraiva, 19. ed.

BRASIL. TJDF. AGI nº 20000020053667. Rel.: Des. Vasquez Cruxên. DJU 21 fev. 2001, p. 45)

AZEVEDO, ÁLVARO VILLAÇA. **Contratos Inominados ou Atípicos e Negócio Fiduciário**. Belém : Edições CEJUP, 1988, 3ª edição

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 27.

FADUL, E.; SOUZA, A. R. de. **Políticas de reformas da administração pública brasileira: uma compreensão a partir de seus mapas conceituais**. In: Anais do ENANPAD. Brasília: 2005.

FERNANDES, Rubens C. *Privado Porém Público: O terceiro Setor na América Latina*. 2. ed. Rio de Janeiro: Relume – Dumaré, 1994.

A UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO SEGUNDO UMA CONCEPÇÃO BOBBIANA

JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO:

Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio de Jesus, especialista em Direito Tributário pela Faculdade Única. Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Professora de Direito Penal e Direito Constitucional da Autarquia Educacional do Vale do São Francisco - AEVSF, advogada.

GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA^[1]
(coautor)

Resumo: O objetivo do artigo é analisar a unidade do Ordenamento Jurídico segundo a concepção de Norberto Bobbio. Trata-se de uma pesquisa descritiva, cujo método empregado é o dedutivo. É dedutivo porque é um processo de análise da informação que utiliza livros e artigos científicos para obter uma conclusão a respeito do problema. O trabalho foi realizado por meio de pesquisas bibliográficas na área de Direito, mais precisamente na área de hermenêutica, introdução ao estudo do direito e filosofia do direito.

Palavras-Chave: Unidade. Ordenamento Jurídico. Concepção Bobbiana.

Riassunto: L'obiettivo dell'articolo è analizzare l'unità di ordinazione legale secondo il concetto di Norberto Bobbio. È una ricerca descrittiva, il metodo deduttivo utilizzato. È deduttivo perché è un processo di analisi delle informazioni che utilizza libri e articoli scientifici per giungere a una conclusione sul problema. Il lavoro è stato condotto attraverso ricerche bibliografiche nell'area del diritto, più precisamente nell'area dell'ermeneutica, introduzione allo studio del diritto e filosofia del diritto.

Parole Chiave: Unità. Ordine legale Concezione bobbiana.

Sumário: 1. Introdução: Fontes Reconhecidas e Fontes Delegadas – 2. Tipos de Fontes e Formação Histórica do Ordenamento – 3. As Fontes do Direito – 4. Construção Gradual do Ordenamento – 5. Limites Materiais e Formais – 6. A Norma Fundamental – 7. Direito e Força – 8. Conclusão

1. Introdução: Fontes Reconhecidas e Fontes Delegadas

De acordo com Norberto Bobbio, as normas jurídicas nunca nascem sozinhas, ou soltas, mas sim, dentro de um contexto, de forma que elas criam relações específicas entre si. É importante ressaltar que um conjunto, ou sistema, de normas é denominado de ordenamento jurídico; sendo que a palavra “direito”, para Bobbio (1995b, p. 19 - 20), também significa “ordenamento jurídico”. Contudo, para se entender o que é o ordenamento jurídico, é preciso compreender o contexto de criação das regras jurídicas e, por conseguinte, a sua sistematização.

Para o doutrinador Arruda (1942, p. 289 - 290), o Direito existe na sociedade antes mesmo de serem criadas as normas, antes de serem organizadas autoridades. O Direito sempre existiu, segundo Arruda, porque o homem sempre esteve em sociedade, e é impossível se conceber uma interação homem-homem sem a fundamentação de nenhum princípio (ainda que este princípio não tenha sido determinado por uma autoridade). Ainda, de acordo com Arruda (1942, p. 289 - 290), o Direito existe antes mesmo da criação das normas, assim como os raios do círculo são todos iguais antes do círculo ser traçado.

Com o desenvolvimento social e a crescente complexidade da sociedade, tornou-se necessária a sistematização do direito (junto com sua codificação). Dessa forma, nasce o ordenamento jurídico que não é composto por uma ou algumas normas, mas sim por uma infinidade delas, sendo que são criadas mais a cada dia para satisfazer às necessidades da sociedade e de seu tempo, e para controlar a crescente complexidade social.

Existe certa dificuldade em se analisar e identificar todas as normas que constituem um ordenamento porque elas não provêm de uma única fonte, mas de várias. Os ordenamentos que vêm de apenas uma fonte são chamados de ordenamentos simples; os que vêm de várias fontes, ordenamentos complexos. Então, o ordenamento jurídico simplifica o seu entendimento criando duas figuras: o legislador e o súdito (aquele que se submete às normas criadas por aquele). Esta é apenas uma divisão didática, pois a autoridade (o legislador) está difundida por toda a sociedade. Até ordenamentos restritos e pequenos, como os ordenamentos das famílias, são classificados como complexos, pois as normas podem ter surgido – além da autoridade paterna – por tradição/costume dos antepassados (consuetudinário), ou pela interação com outras famílias; podendo ser delegado parte do poder ao filho mais velho ou à esposa.

A complexidade do ordenamento jurídico se dá a partir do momento em que a demanda por normas é tão grande que ele precisa buscá-las em diversas fontes. O “poder supremo” recorre, então, a alguns artifícios: a) busca normas em diversos

ordenamentos (recepção) – podendo até ser de ordenamentos anteriores; e b) confere o poder de criar normas a órgãos ou poderes inferiores (delegação).

Assim, podemos dividir as fontes em dois grupos que, segundo Batista e Costa (2006, p. 141), seriam as fontes diretas/primeiras/imediatas (fontes originais) – a própria lei –, propostas pelo poder estatal; e as fontes subsidiárias/indiretas/complementares/secundárias (fontes derivadas) – o costume, a doutrina, a jurisprudência, a equidade, a analogia, os princípios gerais do direito etc. As fontes derivadas podem ser classificadas em fontes reconhecidas e fontes delegadas.

Por fontes reconhecidas (recepção), entendem-se aquelas regras que são criadas socialmente e externamente ao ordenamento jurídico do Estado que as acolhe (Bobbio, 1995a, p. 164), ou seja, são regras já feitas e que são apenas absorvidas pelo ordenamento jurídico. O exemplo mais comum é o costume. Quando o legislador, independentemente de remeter a situações específicas ou não específicas reguladas pela lei, fala sobre o costume, ele está se referindo a normas já existentes. É interessante notar que o costume dá aos cidadãos o poder de criar normas jurídicas através de um comportamento uniforme. Neste caso o costume pode ser enquadrado como fonte delegada, pois aos cidadãos é atribuída a competência de um órgão estatal com poder para criar normas.

Necessário, neste ponto, fazer uma diferenciação entre costume jurídico e o costume não jurídico: Batista e Costa (2006, p. 199) dizem que naquele há uma consciência de sua obrigatoriedade e existe uma "*uniformidade da conduta continuada e duradoura respaldada na convicção coletiva que o aprova*", sendo essa característica a que torna o costume jurídico algo obrigatório. No costume não jurídico não se encontram essas características: não existe obrigatoriedade, ele atende a convencionalismos e é facultativo. Já Gilissen (1979, p. 27) sintetiza a definição de costume jurídico quando diz que ele é um conjunto de usos de natureza jurídica que adquirem força obrigatória pela repetição de atos públicos e pacíficos durante um lapso de tempo relativamente longo em um determinado grupo sociopolítico.

Aftalión (1980, p. 307 – 311), por sua vez, define costume jurídico como "*a repetição de conduta em interferência intersubjetiva*", sendo coercitivo e coativo. O costume será fonte quando o intérprete, querendo objetivar sua sentença, compara a atitude individual com a atitude coletiva, demonstrando assim que existe uma conduta geral que é aceita por uma comunidade. Por fontes delegadas, entendem-se aquelas regras feitas de forma artificial, que foram emitidas ordens para que elas fossem criadas. Como criador da fonte delegada, pode-se citar o Magistrado, o

Executivo, o Legislativo e alguns particulares que criam normas restritas (internas) – e.g., empresas.

Como exemplo de fonte delegada, pode-se citar o regulamento, que serve para especificar uma norma geral criada pelo poder Legislativo, pois este não pode criar normas específicas para cada caso. O Legislativo cria, então, normas gerais, abstratas e genéricas. Outro exemplo do uso de regulamento é pelo poder Executivo – por delegação do poder Legislativo –, que deve tornar exequíveis as normas genéricas criadas pelo Legislativo.

O mesmo se dá com as normas constitucionais e as leis ordinárias. Quanto mais se sobe na hierarquia das normas, mais escassas e mais abstratas e genéricas ficam as normas; quanto mais se desce, mais específicas e mais numerosas. A isso Kelsen (2009, p. 246 - 247) chamou de “escalonamento”, ocorrendo quando uma norma (norma superior) dá origem a uma segunda (norma inferior), sendo que esta estará subordinada àquela. Forma-se assim a imagem de um triângulo (“*figurado pela imagem espacial da supra-infra-ordenação*”), pois, para ele, o ordenamento jurídico não possui uma estrutura plana (Kelsen, 2009, p. 246 - 247).

Muito discutida é a classificação do poder negocial – outra fonte do direito. Diz Reale (2010, p. 179) que as relações jurídicas também são reguladas por normas “*particulares e individualizadas*”, pois os homens são dotados de direitos e obrigações e podem criar negócios entre si através de “*acordo de vontades*” - que é o poder atribuído aos particulares para que eles criem normas e para que eles se regulem. A autonomia da vontade, diz Reale (2010, p. 179), é uma “*conquista impostergável da civilização*”. Poder-se-ia dizer que o poder negocial está nos limites entre as fontes delegadas e as fontes reconhecidas, pois se for enfatizado o caráter autorregulativo (de criar normas para si próprio) e se for levado em conta que os interesses privados são uma pequena parte de um todo (o poder estatal), então o poder negocial será uma fonte reconhecida. Se for destacada a característica de que o poder negocial é um poder delegado pelo Estado aos particulares para que eles se autolegitem, então o poder negocial será uma fonte delegada.

2. Tipos de Fontes e Formação Histórica do Ordenamento

Todo ordenamento (ou o princípio fundamental dele) se baseia no poder original, também chamado de Fonte das fontes. As normas, como se sabe, provêm de várias fontes, e não só do poder original, pois, se assim fosse, esse seria um ordenamento simples. Existem dois motivos [históricos] para que as normas derivem de várias fontes. O primeiro deles é que os ordenamentos não surgem do vazio, do nada. Anterior a eles existiam normas religiosas, morais, sociais, costumeiras,

comportamentais, convencionais; e quando um ordenamento jurídico é criado, ele não ignora por completo essas regras. O ordenamento as absorve e as adapta as suas necessidades, sendo que essas regras limitam, de certa forma, o novo ordenamento (existe aí um limite externo ao poder soberano). Então, o poder originário não é o primeiro historicamente falando, mas sim o primeiro poder jurídico.

O segundo motivo é que a limitação do poder soberano não provém somente do exterior: o próprio poder soberano se limita (autolimitação do poder soberano), pois ele delega competência legisladora a outros órgãos estatais e a particulares. Essa delegação acontece para que a normatização da vida social seja sistematizada. Ocorre aí uma limitação interna do poder normativo originário.

Kelsen (2009, p. 221 – 222) defende a ideia de que existe uma “norma fundamental” (pressuposta), que tem uma forma determinada e que é o ponto de partida para o processo da criação do Direito Positivo e para o processo de criação de outras normas. Nesse caso, a norma fundamental proposta por Kelsen seria a Fonte das fontes, de onde todas as outras normas derivam.

Os motivos citados acima se encaixam nas explicações dos jusnaturalistas(-contratualistas) de como a sociedade passou de um estado de natureza para um estado civil. Para os jusnaturalistas(-contratualistas), o poder civil surge a partir de um contrato social, e existem duas teorias que tentam explicá-lo. A primeira, chamada de hobbesiana, é descrita por Del Vecchio (1979, p. 91 – 105) quando ele diz que o poder civil nasce sem limites (e por consequência, os soberanos também), pois o Estado deveria ter poder suficiente para dominar todas as lutas e paixões sociais (a Inglaterra vivia, naquele tempo, entre guerras internas). Os envolvidos no contrato abdicam de todos os seus direitos, pois todo homem é egoísta e busca para si somente o que lhe é bom independentemente dos interesses dos outros homens, por isso, se os homens não abdicassem de seus direitos, ocorreria a guerra de todos contra todos (todos pensariam que tem direito sobre tudo, e isso causaria uma guerra); o direito natural desaparece ao dar origem ao direito positivo.

Na segunda teoria, chamada de lockiana, Del Vecchio (1979, p. 91 – 105) diz que Locke imprimiu à teoria do contrato social um caráter mais racional, cujo poder civil nasce limitado (e por consequência, a soberania também), pois o seu objetivo é garantir os direitos fundamentais a todos (tutelar os direitos individuais); as pessoas abdicam apenas a uma parte de seus direitos, consentindo certas limitações, pois isso é preciso para que se consiga uma organização política. Esta segunda teoria diz também que o direito positivado é um instrumento para que o direito natural seja afirmado (Del Vecchio 1979, p. 91 – 105).

Está contemplada, nessas duas hipóteses, a origem da estrutura do ordenamento. Na primeira delas, a limitação do soberano é imposta por ele mesmo; na segunda, os limites são externos. Os limites internos e os externos serão reunidos em uma só teoria (em uma teoria unitária) para se poder falar em um ordenamento jurídico complexo.

3. As Fontes do Direito

Até o presente ponto, já se explanou o que são fontes reconhecidas e delegadas; e fontes originárias e derivadas. É preciso, pois, explicar aqui o que se entende por "fonte".

Por fonte, entendem-se os atos ou fatos do qual o ordenamento jurídico depende para que as normas jurídicas sejam criadas. Batista e Costa (2006, p. 112) afirmam que, no sentido jurídico, "fonte" é a proveniência, a procedência, a origem das normas, ou ainda: o caminho, o conduto, a via que disponibiliza informações sobre as normas e sobre a criação das normas. Reale (2010, p. 139) define "fonte do direito" como "*os processos de produção das normas jurídicas*"; contudo, diz que a distinção entre fonte formal e fonte material é desnecessária, e pode causar confusão.

A questão, entretanto, é que não importa quantas são as fontes do direito ou quais são, mas sim, reconhecer que, se existem atos ou fatos dos quais depende o ordenamento jurídico para criação de normas, então o ordenamento jurídico não só regula o comportamento das pessoas. Nele, existem também regras para a criação de novas normas, regras que regulam, que dizem como as normas devem ser produzidas. Essas regras são chamadas de normas de estrutura, elas não são usadas para regular condutas, comportamentos, mas sim para regular a regulamentação desse comportamento, ou seja, elas regulam o comportamento de produzir regras.

A complexidade de um ordenamento jurídico se dá, como já foi dito, quando existe mais de uma fonte do direito, ou seja, quando o direito é criado por diversos setores. Consideremos o ordenamento estatal brasileiro, por exemplo, nele existem regras de conduta e de estrutura – normas que regulam o comportamento das pessoas e normas que regulam a produção de outras normas, respectivamente. Essas normas que regulam a produção de outras normas estão em todos os segmentos estatais: estão presentes no Poder Judiciário (dizendo como os juízes devem emitir sentenças), no Poder Legislativo (dizendo como os legisladores devem produzir as leis), e no Poder Executivo (dizendo como eles devem criar normas internas).

Reale (2010, p. 96 - 97) denomina essas normas de "*normas de organização*", ou "*normas secundárias*". Essas normas, diz Reale, são normas instrumentais, ou seja, visam ao funcionamento e à estrutura de órgãos, tem como objetivo também

disciplinar os "*processos técnicos de identificação e aplicação de normas, a fim de assegurar uma convivência jurídica ordenada*" (Reale, 2010, p. 96 – 97).

É justamente a frequência dessas normas que criam a complexidade do ordenamento jurídico. Estas normas, contudo, encaixam-se dentro da categoria de normas imperativas de segunda instância (pois a de primeira instância são aquelas que regulam as ações das pessoas), ou de segundo grau, podendo ser classificadas como normas imperativas, permissivas e proibitivas (desdobrando-se essa classificação em outra mais complexa).

Dentre as várias espécies de normas estruturais podemos distinguir nove: 1) normas que comandam ao legislador que ele comande; 2) normas que proíbem ao legislador que ele crie certas normas; 3) normas que permitem ao legislador a criação de algumas normas; 4) normas que comandam que o legislador proíba certos atos; 5) normas que proíbem que o legislador proíba; 6) normas que permitem que o legislador proíba; 7) normas que comandam ao legislador que ele permita; 8) normas que proíbem ao legislador permitir; e 9) normas que permitem que o legislador permita.

4. Construção Gradual do Ordenamento

Tanto os ordenamentos simples quanto os ordenamentos complexos constituem um sistema unitário. A explicação para isso se dá através da *teoria do escalonamento*, da teoria da *norma fundamental*, e através da teoria da construção gradual do ordenamento jurídico, todas elaboradas por Kelsen. Como já explanado, Kelsen (2009, p. 246 – 247) dizia que existiam normas superiores e normas inferiores, sendo que estas derivam daquelas; ou seja, uma norma dá origem a outra, a estrutura do ordenamento, dessa forma, pareceria uma pirâmide. Isso quer dizer que as normas de um ordenamento, seja simples ou complexo, não estão no mesmo plano. Partindo-se da base da pirâmide ao topo dela, chega-se à *norma fundamental* – todo ordenamento terá uma. É a *norma fundamental* que dá unidades as outras normas, formando assim um conjunto unitário – e que se pode chamar de ordenamento. Essa norma será o termo unificador do ordenamento: sem ela, não existiria ordenamento, mas sim, um amontoado de normas. É por isso que se diz que todo ordenamento jurídico é unitário, porque todas as normas e todas as fontes podem remontar a uma única norma (Reale, 2010, 192 - 197).

Desse modo, o ordenamento jurídico é hierárquico, pois há normas que são superiores a outras. Podemos comprovar essa afirmação com o seguinte exemplo: duas pessoas (pessoa X e pessoa Y) criam um *ato executivo*, ou seja, a pessoa X deve cumprir uma obrigação contraída com a pessoa Y. As normas criadas pelo contrato

deverão estar de acordo com as normas legislativas, e estas deverão estar de acordo com as leis constitucionais. A norma criada pelo contrato está ligada à lei constitucional, mesmo que indiretamente, pois de norma em norma, os princípios fundamentais por elas legislados são repassados às normas inferiores.

Diz-se assim que a pessoa X, ao executar um contrato, praticou um *ato executivo*, da mesma forma que as normas constitucionais serão chamadas de *produtivas* (em relação às normas inferiores). Esses dois termos, *executivo* e *produtivo*, são relativos, pois as normas constitucionais são produtivas das legislativas, e estas são produtivas das normas criadas pelo contrato. E uma norma pode ser ao mesmo tempo executiva e produtiva: produtiva em relação à inferior, executiva em relação à superior. No modelo piramidal usado nesse estudo, o topo será ocupado pela norma fundamental, que será produtiva, e a base será ocupada por leis ordinárias, que serão executivas. No meio da pirâmide existirão normas produtivas e executivas ao mesmo tempo.

Essa relação de execução e produção pode ser explicada também através de dois termos correlatos: "*poder*" e "*dever*". A produção jurídica é a expressão de um "*poder*", e a execução é a expressão/o cumprimento de um "*dever*". Uma das acepções da palavra *poder* se refere à capacidade que o ordenamento atribui a uma pessoa de gerar obrigações. E a obrigação, ou seja, o dever surge quando alguém é submetido ao poder de outra e deve agir de certa forma. Se olharmos a pirâmide de cima para baixo, veremos uma relação de poder indo do ponto mais alto ao ponto mais baixo: o poder constitucional, o poder legislativo ordinário, o poder regulamentar. Se olharmos a pirâmide de baixo para cima, será o contrário, veremos relações de obrigações: obrigação de executar a sentença de um magistrado, obrigação do magistrado de se ater às leis ordinárias, obrigação do Legislador para com a Constituição. Segundo Betioli (2011, p. 203 – 204), o primado hierárquico da pirâmide tem a finalidade de evitar o caos, pois a diferença de níveis evita o choque e o conflito entre normas. Este doutrinador ainda diz que a hierarquia piramidal pode ser analisada apenas do ponto de vista lógico, e não axiológico, pois, desse ponto de vista, uma norma pode ter, na prática, maior significação ética ou econômica do que aquela atribuída a norma a qual ela se subordina (Betioli, 2011, p. 203 - 204).

Embora quase todos os ordenamentos tenham uma estrutura piramidal (no Direito Europeu já é aceito o formato trapezoidal), nem todos terão o mesmo número de planos, pois haverá aqueles em que o Poder Legislativo cria leis constitucionais e leis ordinárias, ou seja, elas estariam no mesmo plano (elas não teriam a mesma importância, estariam, apenas, no mesmo plano de criação), existindo assim um plano a menos. E há os casos em que existiria um plano a mais, é o caso dos Estados

Federais, onde existe o poder Legislativo do Estado Federal e o poder Legislativo dos Estados-membros.

5. Limites Materiais e Formais

O poder de criação de normas, quando é delegado, não é ilimitado: o poder superior sempre restringirá o inferior. Essa restrição se dará 1) através do conteúdo e 2) através da forma (limites materiais e formais). O doutrinador Betioli (2011, p. 194) diz que os limites materiais (normas substantivas) regulam e definem as relações jurídicas e criam direitos e deveres nas relações interpessoais, e que os limites formais (normas adjetivas) são de natureza instrumental, ou seja, definem os procedimentos a serem seguidos para efetivar as relações jurídicas. Se uma norma não se limitar à materialidade ou formalidade exigida pelo poder superior, ou seja, se ela regular uma matéria que não a dela, ou se ela regular de uma forma diferente da que lhe foi estabelecida, ela poderá ser expulsa do sistema além de ser declarada ilegítima.

Kelsen (2009, p. 16 – 18) fala sobre a regulamentação positiva e negativa, ou como prefere Bobbio: limites materiais positivos e negativos. Quando a lei permite a realização ou a permissão de determinado ato, ou quando a uma lei delega a um legislador o poder de criar normas ou intervir em sua produção, ou ainda quando a um indivíduo é dado um poder coercitivo para que possa fazer valer as normas, diz-se que existe aí um limite material positivo. Quando a lei regular a conduta humana de tal forma que não é nem permitida nem proibida uma determinada ação, então se diz que existe aí um limite material negativo (Kelsen, 2009, p. 16 – 18).

Os limites formais fundamentam os processos que os órgãos estatais devem seguir para criar o direito. Este limite quase nunca estará ausente, enquanto que o limite material pode inexistir na relação entre Constituição e lei ordinária, e.g., as Constituições ditas flexíveis – em que as leis ordinárias e as constitucionais têm o mesmo procedimento para alteração. É importante salientar que ambos os limites podem ser encontrados na passagem da lei ordinária para a decisão judicial.

A sentença do juiz pode ser considerada inválida caso ela não verse sobre o conteúdo em questão (limite material). A invalidação de uma sentença pode ocorrer também se o juiz não atender aos critérios processuais necessários, ou seja, o juiz deve seguir os ritos legais processuais.

Existem casos em que o juiz não atende aos critérios/limites materiais, ele baseia sua decisão no princípio da equidade (“juízos de equidade”). Nesta situação, o juiz não se baseará em uma lei preestabelecida – isso é comum em ordenamentos que dão ao juiz certa “liberdade criativa”. O juízo de equidade é uma “autorização” dada ao juiz para que ele produza direito fora dos limites materiais. Radbruch (1979,

p. 91) explica que a equidade é a justiça de cada caso particular – a equidade busca a lei do caso individual para depois transformá-la em uma lei geral –, ou seja, a equidade surge para abrandar o excessivo rigor da lei (adaptá-la aos casos imprevistos que não se enquadram dentro da justiça-tipo) e deve ser utilizada não com base na lei, mas sim no fundamento de justiça que a própria lei visa.

Quando a lei ordinária passa ao negócio jurídico, ou seja, quando o direito público passa ao privado, os limites formais são mais levados em conta do que os materiais. É como se, ao direito, importasse menos “o que os homens fazem” do que “o modo como os homens fazem” (como se o direito fosse uma regra formal do agir humano). A prevalência da formalidade sobre a materialidade ganha a aparência de verdade quando se fala da relação entre lei e autonomia privada. Essas normas geralmente versam sobre como os negócios jurídicos devem ser feitos, e não sobre que conteúdo eles devem abordar. Existirão, contudo, restrições de conteúdos sobre a autonomia privada em alguns casos: a criação de um testamento, por exemplo, será restrita; as normas dirão como o testador deverá dispor de seus bens no testamento.

6. A Norma Fundamental

A obrigação pressupõe poder, pois o possuidor do poder cria normas (que significam obrigações). Como se sabe, existem as normas constitucionais que derivam do poder constituinte (o poder originário ou poder último), mas esse poder não surgiu do nada, ele foi autorizado, por uma norma superior, a produzir normas inferiores. Essa norma que está acima do poder constituinte é chamada de *norma fundamental*, e foi detalhadamente estudada e fundamentada por Kelsen. Ela (a norma fundamental) será atributivo-imperativa, pois dará poder aos órgãos constitucionais para criarem novas normas e obrigará os submetidos às normas constitucionais a obedecerem a elas (Kelsen, 2009, p. 225). A *norma fundamental* não está positivada ou expressa, e se estivesse, diz Kelsen (2009, p. 255), não seria a *norma fundamental*, e seria preciso subir na hierarquia da pirâmide para achá-la. Esta *norma fundamental*, sendo pressuposta, pode ser declarada da seguinte maneira: “a sociedade é obrigada a obedecer às normas criadas pelo poder constituinte” (todo o sistema jurídico será legitimado pela norma fundamental).

As normas provenientes de outras fontes devem ser reduzidas a uma só unidade: a *norma fundamental*. Caso contrário, haverá conflitos dentro do ordenamento. Se uma norma vier de outra fonte, então ela entrará em conflito com a norma fundamental.

Afirma Kelsen (2009, p. 295 – 297) que uma norma jurídica só pertencerá a um ordenamento jurídico se se harmonizar com a norma que define o ordenamento; se

ela não se harmoniza, então ela será "antijurídica" e a unidade do ordenamento desapareceria. O ordenamento não pode ser anulado, nem pode ser contradito, então a norma jurídica que assim se comportar será taxada de nula. Mas, para ela assim ser taxada, ela precisa primeiro existir, ou seja, ser objetivamente válida (conforme ao direito), pois uma norma que não existe ou que não foi legitimada ou validada pelo sistema jurídico não pode ser taxada de nula. Para ela ser objetivada juridicamente (validada), ela precisa ser criada por uma autoridade com poder para tal e esse poder deve ser atribuído pela norma fundamental (Kelsen, 2009, p. 295 - 297). Assim, é possível estabelecer se uma norma pertence a um dado ordenamento se conseguirmos fazer com que ela seja reconduzida à *norma fundamental*; e como o pertencimento a um ordenamento significa validade, então ela será válida. A norma fundamental será o fundamento de validade para qualquer norma de um ordenamento.

A teoria da norma fundamental e a teoria do ordenamento são indissociáveis, pois um ordenamento precisa de uma unidade unificadora e precisa de normas válidas pertencentes a ele. Esta unidade e validade serão pressupostas pela norma fundamental.

Deve-se, neste ponto, ressaltar mais uma vez no que se funda a norma fundamental. Ela é um postulado, ou seja, uma proposição primitiva que não é deduzível, mas que dá base para que outras proposições sejam deduzidas. A norma fundamental, por ser um postulado, é uma convenção (ou uma proposição evidente). Por lógica, a norma fundamental não pode ter fundamento em nenhuma outra, pois, se tivesse, não seria a norma originária.

Se o argumento de que a norma fundamental está no vértice da pirâmide não for aceito, então é preciso sair do sistema jurídico para encontrar o fundamento da norma fundamental; e esse não seria mais um problema jurídico. Para se responder a pergunta "*qual é o fundamento da norma fundamental de um ordenamento jurídico positivo?*", seria preciso partir para a justificação de um poder absoluto, colocando o sistema jurídico dentro de um sistema cósmico (ou de um sistema humano mais geral). Existem três teorias que colocam uma norma superior acima da norma fundamental: o *poder de Deus*, a *lei natural*, e uma *convenção originária* (todas concebidas como a "*fonte última*" de todo o poder). Kelsen (2009, p. 224 – 226), contudo, fundamenta a *norma fundamental* não através de um "*valor transcendente ao Direito Positivo*" ou remetendo-se a "*autoridades metajurídicas*" (Deus ou a natureza), mas através de um silogismo que pressupõe atos de vontade humanos, ou seja, através de proposições lógicas que remetam a uma força a qual devemos obedecer como fundamento último de uma norma.

A teoria de que "*todo poder provém de Deus*" afirma que Deus delegou ao legislador constituinte o poder de criar normas jurídicas válidas, sendo necessário se acrescentar mais um grau à pirâmide, um grau superior à norma fundamental. A teoria da *lei natural*, por sua vez, afirma que temos o dever de obedecer ao poder constituído, esta lei natural deriva não da vontade de um ou mais homens, ou da autoridade deles, mas sim do exercício da razão. Algumas correntes do jusnaturalismo defendem a teoria de que a norma fundamental está fundamentada na lei natural, e esta ordena que se obedeça à razão, que por sua vez ordena que se obedeça aos governantes (teoria da obediência). Por último, a teoria da *convenção originária* diz que existe um acordo entre aqueles que se reúnem em sociedade e aqueles a quem é delegado o poder de criar normas, ou seja, o dever de obedecer ao poder constituído vem do acordo de vontade daqueles que criaram o contrato social.

7. Direito e Força

Outra indagação sobre a norma fundamental é em relação ao seu conteúdo. A norma fundamental, como já foi dito, obriga as pessoas a obedecerem ao poder originário, que é um conjunto de forças políticas que tomaram o controle da sociedade em determinado momento. Muitos autores interpretam mal essa passagem histórica e cometem o erro de reduzir o direito ao uso da força.

É preciso dizer que poder e força, dentro desse contexto, não tem o mesmo significado. O poder originário é um conjunto de forças [políticas] que instauraram um sistema jurídico, sendo que, em alguns casos, houve o uso de força física (o uso da força física não está implícito na ideia de poder). A instauração de um ordenamento pode ter sido feita através da violência, do consenso, ou através dos dois. O poder originário pressupõe coercitividade, que pode tanto basear-se na violência quanto no consenso. Mas, para que o poder originário seja coercitivo, é necessário o uso da força (nessa segunda explicação, o uso da força refere-se ao poder originário e não à coercitividade).

O direito é fundado em um poder coercitivo que às vezes recorre à força, por isso pode-se dizer que o direito é um conjunto de regras com eficácia reforçada, ou seja, o direito é inconcepto sem o poder. Isso não significa reduzir o direito à força, mas sim dizer que a força é necessária ao direito. Um ordenamento jurídico será válido somente quando for eficaz, ou seja, quando causar o resultado pretendido por ele; e algumas vezes ele precisará fazer uso da força, que será legitimada pela norma fundamental. Essa força é caracterizada, por muitos juristas, como a "coação", que, segundo Reale (2010, p. 46 - 48), será o que distinguirá o Direito da Moral. Reale (2010, p. 46 - 48) diz ainda que a "*doutrina da coação é a verificação da*

compatibilidade do Direito com a força", ou seja, o direito é um postulado prático-teórico coercível de como a conduta humana deve ser.

A concepção de direito que se tem neste trabalho é o de direito positivado (como ele realmente é) e não o direito justo (como ele deveria ser). A norma fundamental, baseada nisso, autorizará o uso da força independentemente de ser justa ou não – legitimação jurídica. Se a força for usada corretamente – e da forma justa –, então, além de haver a legitimação jurídica, haverá também a legitimação moral.

8. Conclusão

O ordenamento jurídico não é mera abstração teórica criada de forma pedagógica para se estudar o direito, ao contrário: é uma forma de organização que permite a aplicação direta do direito, possibilitando aos legisladores, julgadores e aplicadores o exercício de suas funções sem a invalidação dos seus atos. Assim, o ordenamento jurídico não é somente um conjunto desorganizado de normas, em verdade, possui uma estrutura complexa, com diferentes tipos de normas que se coadunam para formar uma unidade.

A *norma fundamental*, de igual maneira, possui função significativa no ordenamento (ou fora dele), legitimando toda a estrutura jurídica e validando todas as normas constitucionais e infraconstitucionais. Além de legitimar a validar o ordenamento jurídico, a norma fundamental possui a importante função de unir e ser o elemento de coesão do ordenamento, escalonando-o e fazendo com que se torne apenas um. Sem a concepção de uma norma fundamental, não é possível se construir uma teoria unitária do ordenamento jurídico.

Referências Bibliográficas

AFTALIÓN, Enrique. Et al. *INTRODUCCIÓN AL DERECHO*. 11ª Edição. Buenos Aires. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. 1980.

ARRUDA, João. *FILOSOFIA DO DIREITO*. 1º Vol. 3ª Edição. São Paulo. Faculdade de Direito de São Paulo. 1942.

BETIOLI, Antônio Bento. *INTRODUÇÃO AO DIREITO*. 11ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2011.

BOBBIO, Norberto. *O POSITIVISMO JURÍDICO – LIÇÕES DE FILOSOFIA DO DIREITO*. São Paulo: Ícone, 1995a.

_____. *TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO*. 6ª Edição. Editora UNB. 1995b.

_____. *Teoria geral do direito*. Tradução: Denise Agostinetti; revisão da tradução: Silvana Cobucci Leite. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

DEL VECCHIO, Giorgio. *LIÇÕES DE FILOSOFIA DO DIREITO*. 5ª Edição. Coimbra. Coleção Studium. 1979.

GILISSEN, John. *INTRODUÇÃO HISTÓRICA AO DIREITO*. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1979.

KELSEN, Hans. *TEORIA PURA DO DIREITO*. 8ª Edição. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes. 2009.

RADBRUCH, Gustav. *FILOSOFIA DO DIREITO*. 6ª Edição. Coimbra. Coleção Studium. 1979.

REALE, Miguel. *LIÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO*. 27ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2010.

NOTAS:

[1]Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, advogado.

A UTILIZAÇÃO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS COMO INSTRUMENTO PACIFICADOR E RESTAURADOR DA DIGNIDADE HUMANA DOS DETENTOS NAS PENITENCIÁRIAS BRASILEIRAS

MAÍRA MESQUITA MATOS: Advogada, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá e Pós-Graduada em Direito Empresarial pela Faculdade Legale.

RESUMO: O estudo trata do uso das Parcerias Público-Privadas para a construção e a manutenção de penitenciárias brasileiras como uma forma de melhorar a qualidade dos serviços que devem ser oferecidos aos detentos, para promover a ressocialização do preso bem como, futuramente, a sua reinserção no mercado de trabalho, após o cumprimento de sua pena. A análise perpassa pela questão da violência, que ao longo dos anos, foi crescente no Brasil, o que demonstra as inúmeras falhas e a ineficácia do tratamento dado aos presos, atualmente, no país. A apresentação de argumentos favoráveis e desfavoráveis ao modelo citado, bem como os exemplos similares já existentes em outros países, auxilia a construção de um debate mais consciente e menos ideológico, o qual se mostra necessário, visto que, a violência nos interiores de algumas penitenciárias é descomunal, além de ultrapassar os muros das cadeias públicas, o que acaba afetando não só os ex-presidiários ou suas famílias, mas toda a sociedade, de uma forma maléfica e destrutiva.

Palavras-chave: Preso, Penitenciária, Parceria Público-Privada, Ressocialização.

Abstract: The study deals with the use of Public-Private Partnerships for the construction and maintenance of Brazilian penitentiaries as a way to improve the quality of services that must be offered to prisoners, to promote the resocialization of the prisoner as well as, in the future, their reintegration into the labor market, after the fulfillment of his sentence. The analysis runs through the issue of violence, which has been increasing in Brazil over the years, which demonstrates the innumerable failures and the ineffectiveness of the treatment given to prisoners, currently in the country. The presentation of arguments favorable and unfavorable to the model cited, as well as similar examples already existing in other countries, helps to construct a more conscious and less ideological debate, which is necessary, since violence in the interiors of some penitentiaries is huge, in addition to overcoming the walls of public jails, which ends up affecting not only the ex-prisoners or their families, but the whole society in a destructive way.

Key-words: Prisoner, Public-private partnerships, resocialization.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS. 3 PANORAMA INTERNACIONAL DO TRATAMENTO AO PRESO. 4 O HISTÓRICO DA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL DA PRIVATIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS. 4.1 A experiência da Inglaterra. 4.2 O modelo francês. 4.3 O modelo americano. 5 EXPERIÊNCIAS NACIONAIS DE PRESÍDIOS PÚBLICOS E SUA GESTÃO PELA INICIATIVA PRIVADA. 6 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA IMPLANTAÇÃO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO BRASIL. 6.3 Medidas realizadas em âmbito nacional para a redução das violações aos direitos dos detentos. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1.INTRODUÇÃO

A situação carcerária no Brasil atualmente está caótica, visto que, a cada ano, a população carcerária aumenta. Segundo o Banco de Monitoramento de Prisões, do Conselho Nacional de Justiça, a população carcerária até julho de 2019, contava, aproximadamente com 812.564 presos, o número é próximo ao da população da cidade de Nova Iguaçu (RJ) – 818.875 habitantes, conforme estimativa do IBGE.

O crescimento desenfreado de presos para um número limitado de celas e presídios acarreta uma maior incidência de violações de direitos humanos, dentre as quais, as inúmeras mortes ocasionadas por guerras entre facções dentro dos presídios. Há ainda problemas como as péssimas condições das instalações e dos alimentos, o que propicia um ambiente instável e fértil para rebeliões e o cometimento de crimes, tanto durante o cumprimento da pena como após o término desta, tornando-se assim, muito difícil a possibilidade de reabilitação do detento na sociedade.

O presente artigo visa analisar a possibilidade de implantação de parcerias público- privadas no sistema prisional brasileiro, como uma alternativa para a redução dos problemas existentes nos presídios públicos, além de viabilizar ao Estado uma economia de gastos, os quais poderiam ser utilizados em outros setores sociais, como a educação e a criação de novos programas sociais.

Ao longo do trabalho, haverá a apresentação de argumentos favoráveis e desfavoráveis a tais parcerias, bem como a divulgação de dados estatísticos sobre as populações carcerárias dos presídios públicos. Também será levantada a problemática em relação ao principal objetivo que deveria conduzir o aprisionamento da grande maioria dos presos, seja no âmbito estritamente público, seja no âmbito privado, a real reabilitação do ex-detento na sociedade e a promoção de medidas para a sua reinserção no mercado de trabalho, uma medida importante para a integração do indivíduo no meio social e econômico.

O objetivo geral deste trabalho foi analisar se as parcerias público-privadas poderiam ser utilizadas para a solução dos inúmeros problemas existentes no sistema prisional brasileiro, desde as superlotações até as graves violações aos direitos humanos. Para essa pesquisa foi necessário fazer um estudo bibliográfico que pudesse realizar um comparativo entre os presídios públicos e os privados, também se utilizou o direito comparado para observar os resultados desse experimento em outros países. Visualizou-se dessa forma, os prós e os contras dos dois sistemas de administração, levando em consideração a melhor relação de custo e benefício, o que se coaduna com os princípios administrativos da eficiência e da moralidade.

Os objetivos específicos se dividiriam em descrever como se daria essa Parceria Público-Privada na Administração Prisional Brasileira, apresentar as constatações obtidas com os experimentos realizados em outros países por meio do direito comparado, comparar a Administração Pública e a Administração pelas Parcerias público-privadas nos presídios brasileiros e, por fim, avaliar se a Parceria Público-Privada seria mais eficiente em relação à administração prisional estritamente pública.

A metodologia utilizada baseia-se em uma pesquisa explicativa, a qual busca explicar as causas para os inúmeros problemas existentes dentro dos presídios brasileiros, bem como expõe alternativas viáveis para a redução desses problemas. Destaca-se também que esse trabalho tem por fundamento teórico a pesquisa bibliográfica especializada, tendo em vista que foram realizadas consultas a livros, produções acadêmicas, como artigos científicos, teses, dissertações, além da legislação nacional pertinente.

2. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

O surgimento da parceria público privada pode ser justificado pela escassez de recursos econômicos do Estado frente às inúmeras demandas sob sua responsabilidade. Adicionando-se a isto também há o agravamento de crises financeiras e políticas, as quais, infelizmente, são uma característica cíclica na história do Brasil.

Diante desse cenário, as concessões de serviços públicos e as parcerias público-privadas mostram-se como uma alternativa para manter o desenvolvimento econômico e social do país sem a necessidade de o Estado gastar tantos recursos financeiros, evitando o aumento da dívida interna e proporcionando aumento nos investimentos no país, bem como a melhoria da qualidade dos serviços públicos gerenciados pelo regime de parceria público-privada.

É o que se pôde observar, por exemplo, com a privatização da rede telefônica no Brasil, ocorrida em meados dos anos 1990. O surgimento de empresas concorrentes no sistema de telecomunicações, as quais fornecem planos de telefonia mais baratos e de melhor qualidade, em contraste com o alto valor para a aquisição de uma linha telefônica quando administrada pelo Poder Público, demonstra que a privatização, sem ser observada somente por um viés ideológico, pode sim ser uma ótima alternativa para países emergentes equilibrarem seus gastos, sem deixar de realizar investimentos e promoção de serviços públicos em setores econômicos e sociais importantes para o crescimento do país.

A sociedade clama por melhorias em vários serviços prestados pelo Estado, sendo evidente que o tripé básico para o desenvolvimento de uma sociedade é a segurança, a saúde e a educação. A boa gestão desse tripé centraliza-se por meio da eficiência e acesso à população, devendo o Estado exercer esses deveres com fiscalização, planejamento, desenvolvimento e aplicação dos recursos humanos e orçamentários.

É interessante mencionar o conceito de serviço público para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime jurídico total ou parcialmente público. (DI PIETRO, 2014, p. 106)

Até a implantação da Legislação Federal das Parcerias Público- Privadas (PPP's), Lei nº 11.079/2004, o setor público relacionava-se com a área privada exclusivamente através de atos normativos: Leis federais nº 8.987/95 (Lei das Concessões Comuns) e a nº 9.074/95 (Ato Regulatório das Concessões).

Importante destacar a doutrina da Professora Fernanda Marinela para quem a PPP é considerado um acordo entre a Administração Pública e uma pessoa do setor privado:

(...) é um acordo firmado entre a Administração Pública e a pessoa do setor privado, com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes. Trata-se de uma espécie de concessão de serviço

público denominada concessão especial. (MARINELA, 2007, p. 484).

A Lei nº 11.079/2004 apresentou duas modalidades específicas de concessão, as quais são a concessão patrocinada e a concessão administrativa, conforme a redação do art. 2º, §1º e §2º:

Art. 2º §1º: Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n.º 8.987, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Art. 2º §2º: Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Esses tipos de concessões envolvem um grande investimento transferido para o setor privado, principalmente a concessão administrativa, visto que nessa modalidade a relação da empresa contratada é diretamente com a Administração Pública, não tendo com os administrados qualquer relação, portanto não há a exigência de tarifa cobrada dos usuários. Ademais, segundo a Lei nº 11.079/2004, o contrato não pode ser apenas sobre o fornecimento de serviços, devendo contar com a execução da obra ou fornecimento e instalação de bens.

Essas parcerias público-privadas já foram bastante utilizadas em grandes eventos esportivos no país, como a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016, em construção de estradas, rodovias, portos e obras do antigo programa do PAC (Programa de aceleração ao crescimento), o que demonstra a importância do seu papel no cenário de desenvolvimento atual do país.

Certas características das PPP's previstas no artigo 4º da sua lei (Lei nº 11.079/2004) denotam alguns benefícios colhidos para o Estado como, por exemplo, a repartição objetiva dos riscos entre as partes, a indelegabilidade das funções de regulação jurisdicional do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado, evidenciando dessa forma o princípio administrativo da preponderância do interesse público sobre o interesse privado.

Convém ressaltar que esse tipo de contrato também não se mostra infrutífero para o parceiro privado, vide o artigo 8º da Lei nº 11.079/04, o qual lista algumas garantias diante das obrigações firmadas nesse tipo de contrato, tais como a

vinculação de receitas, em obediência ao artigo 167, inciso IV, da CRFB/88 e a instituição ou a utilização de fundos especiais previstos em leis.

3.PANORAMA INTERNACIONAL DO TRATAMENTO AO PRESO

Os padrões internacionais mínimos para o tratamento de reclusos podem ser encontrados em alguns tratados de direitos humanos elaborados sob a égide da ONU. Tais parâmetros coadunam-se com os princípios constitucionais e a busca pela efetivação dos direitos fundamentais na CRFB/88, conformando um sistema interno e externo de proteção e garantia dos direitos fundamentais de qualquer ser humano submetido a pena de prisão.

O princípio da não discriminação que orienta todo o universo jurídico de proteção aos direitos humanos é encontrado nos artigos 1º, 2º e 7º da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A Declaração determina ainda que os presos não poderão ser submetidos à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante (art. 5), regra repetida pelo Pacto dos Direitos Civis e Políticos (art. 7) e regulada mais detidamente pela Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos, entretanto, amplia o marco legal da proteção aos presos, especialmente nos artigos nove e dez. Devido a essas disposições, a privação da liberdade não poderá ocorrer arbitrariamente, mas somente pelos motivos destacados em lei e em conformidade com os procedimentos nela contidos.

O regime penitenciário terá como objetivo principal a reforma e a reabilitação moral dos detentos. Os reclusos deverão receber tratamento que respeite a sua dignidade, a qual é inerente à pessoa humana. Salvo em circunstâncias excepcionais, é essencial separar as pessoas processadas das pessoas já condenadas, assim como estabelecer um tratamento condizente com a realidade e com a condição de pessoas não condenadas. Além disso, o preso poderá ser obrigado a trabalhar, sem que isso configure trabalho forçado (art. 8, "c", par. 1).

A ONU adotou uma resolução referente às Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, proferida em 1955 e atualizada em 1957 e 1977 e secundada por um "Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão", de 1988, e por "Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos", de 1990.

Segundo Portela (2017, p. 893) o objetivo desses documentos é estabelecer as normas gerais de uma organização penitenciária compatível com a dignidade

humana e os padrões internacionais mínimos relativos ao tratamento de presos, partindo, porém, do princípio de que nem todas as regras podem ser aplicadas de maneira permanente e indistinta em todos os lugares, em vista da variedade de condições existentes no mundo. Em todo o caso, tais normas devem servir como referência a orientar, sempre que possível, a organização dos sistemas penitenciários no mundo.

4.0 HISTÓRICO DA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL DA PRIVATIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS:

O crescimento do sistema de privatização dos presídios se deu por conta do crescimento populacional e o agravamento de mazelas sociais, as quais se multiplicam devido à ineficiência de planos governamentais, a corrupção estrutural, dentre outros problemas estruturais nos países. A necessidade por parte do Estado de maiores gastos em vários setores públicos, dentre eles o setor relativo aos presídios, para reduzir o flagrante desrespeito aos direitos humanos, cuja proteção, inúmeros países concordaram em garantir, seja por suas Constituições, seja pela assinatura de tratados internacionais na área dos Direitos Humanos, impulsionou a busca por este sistema de parcerias público-privadas, o qual possui como objetivo, a redução de gastos do ente estatal e o aumento da eficiência no tratamento e reabilitação dos presos.

4.1 A experiência da Inglaterra

A Inglaterra adotou o sistema privado em alguns de seus presídios em 1992, devido à superlotação dos mesmos. Atualmente, este país conta com nove presídios privados dentre um total de cento e trinta e oito presídios ingleses.

No sistema adotado, as empresas constroem as penitenciárias e recebem uma contraprestação do governo por um tempo aproximado de vinte e cinco anos. As empresas são responsáveis por todos os setores do presídio, exceto o transporte de presos para audiências ou julgamentos, que é executado por outra empresa privada de segurança. Não há guaritas nem cercas elétricas, e os guardas trabalham desarmados.

Durante os anos de 1999 e 2000, não foi registrado nenhuma fuga, os compartimentos prisionais são monitoradas, externa e internamente, por câmeras de TV móveis, cada cela abriga, no máximo, dois presos, e o subsolo é revestido com uma estrutura formada por fibras ópticas que impedem a escavação de túneis para fugas.

Há uma política de separação de presos do regime primário e de presos reincidentes, todas as pessoas, mesmo advogados que entram em tais presídios são revistados, com exceção da Família real britânica. O modelo adotado na Inglaterra difere do modelo americano por centralizar o poder nas mãos do Estado e também porque é financiado por impostos ou empréstimos ao mercado, em oposição ao que ocorre nos Estados Unidos, onde as receitas para construção de presídios precisam ser aprovadas pelo Poder Legislativo e são limitadas a um determinado valor.

4.2 O modelo francês:

Na França, as razões para a implementação do sistema de parcerias público-privadas nos presídios também foram a superlotação e a dúvida em relação à eficácia da política criminal adotada. Tal cenário impulsionou a criação da Lei francesa nº 87/1932, a qual concedeu autorização legal para a cogestão das penitenciárias.

No sistema francês, o setor privado é responsável pela edificação e execução da hotelaria, e o Estado, pelos serviços administrativos e agentes penitenciários. É importante destacar a relação entre o ente público e o privado, expressa no artigo 2º da referida Lei:

Art. 2º: O Estado pode confiar a uma pessoa de direito público ou privado ou a um grupo de pessoas de direito público ou privado uma missão versando ao mesmo tempo sobre a construção e a adaptação de estabelecimentos penitenciários.

No sistema de privatização francês há uma dupla gestão, incumbindo ao Estado e também ao grupo privado o gerenciamento e a administração conjunta do estabelecimento prisional. Neste modelo, o diretor geral do estabelecimento é indicado pelo Estado, e a execução penal, bem como a segurança interna e externa são de responsabilidade estatal, podendo ser concedidos ao setor privado, às áreas referentes ao transporte, alimentação, lazer, assistência social, médica, espiritual, sendo a sua remuneração feita pelo Estado por cada preso sob cuidado do ente privado.

Pode se caracterizar o modelo francês como um modelo misto, no qual o poder público e a iniciativa privada trabalham conjuntamente, com o propósito de propiciar condições melhores para a reintegração dos presos na sociedade, bem como o respeito aos direitos fundamentais expressos na Lei Maior e nas Declarações de Direitos Humanos.

4.3 O modelo americano

Atualmente existem cerca de 200 presídios privados no mundo, cuja metade está localizada nos Estados Unidos, porém, conforme Minhoto (op. cit., p. 63) os presídios privatizados representam apenas 7% do total de presídios localizados nesse país.

Algumas experiências de privatização de presídios ocorreram no século XIX (Presídio de Auburn e Sing-Sing), em estados como Nova York, mas foram mal sucedidas, visto que houve denúncias de maus-tratos e abusos físicos cometidos contra os reclusos, além da “escravização” dos mesmos, pois estavam sujeitos a cargas horárias grandes sem receber nenhuma espécie de benefício ou contraprestação pecuniária.

No século XX, principalmente na década de 1980, ocorreu a retomada do plano de privatização dos presídios, motivados pela política neoliberal atuante no país e o grande número de presos.

O primeiro estabelecimento privatizado nos Estados Unidos é a prisão de Saint Mary, localizada numa área rural do Kentucky. Segundo Minhoto (2000) a empresa U.S. Corrections Corporations administra essa prisão desde 1986.

A questão da implantação de presídios privatizados fica sob a competência dos Estados, há opiniões divergentes em relação aos prejuízos e aos benefícios em torno deste sistema. As opiniões favoráveis argumentam que há a redução dos custos do Estado, já as opiniões contrárias afirmam que há um incentivo para criar uma “ indústria de produção de presos”, alegam que os administradores de presídios pleiteiam a aprovação de leis mais duras e penas mais longas, com o intuito de aumentar a lucratividade das empresas privadas.

5.EXPERIÊNCIAS NACIONAIS DE PRESÍDIOS PÚBLICOS E SUA GESTÃO PELA INICIATIVA PRIVADA

Diferentemente do que ocorrem com as privatizações, as PPP's não importam a alienação integral e definitiva do controle da política pública, tendo em vista que no Brasil há uma lista de serviços públicos essenciais que não podem ser alienados, nem controlados por setores privados, dentre eles, pode-se citar o setor da saúde e da segurança, para os quais existe apenas o direito a firmar contratos de concessão de serviços públicos ou a autorização para a atuação no setor privado, porém sob a vigilância e controle de agências reguladoras.

O programa de parceria público-privada brasileiro é baseado em uma gestão mista, ou seja, envolve de um lado a administração pública e de outro a iniciativa privada, cabendo a esta, atividades como a manutenção em boas condições dos

estabelecimentos dos presídios, a construção dos presídios e o fornecimento de serviços essenciais para o bem estar dos reclusos, tais como materiais de higiene pessoal, alimentos, assistência médica e psicológica.

Para o Direito Administrativo brasileiro, a parceria público-privada no sistema prisional é possível, não havendo que se falar em ilegalidade, devendo, entretanto, obedecer ao critério temporal, o qual estabelece um tempo mínimo de contrato de 05 anos e um tempo máximo de 35 anos, podendo ocorrer eventual prorrogação conforme a lei, além do critério econômico, o qual estabelece o valor mínimo de R\$ 20.000,00 (vinte milhões de reais) para a feitura de contratos sob o regime de parceria público-privada.

No âmbito Constitucional e no âmbito Penal (vide a Lei de Execuções Penais), não se constata nenhum impedimento ou norma proibitiva da gestão privada, também não há ainda a existência de uma lei nacional específica que regulamente a gestão privada das penitenciárias, portanto, verifica-se a omissão normativa quanto ao regime a ser adotado pelo Estado para os presídios, o que proporciona certa margem de liberdade para os governantes se utilizarem das parcerias público-privadas conforme as necessidades econômicas, políticas e sociais atuais.

É válido ressaltar que, em um sistema prisional privado, a responsabilidade pela sentença penal continua sendo exclusiva do poder público, bem como o acompanhamento da execução penal, sendo como responsabilidade do privado o confinamento. Há uma nítida separação entre a função jurisdicional do Estado e a administração da penitenciária.

No Brasil, já há muito ocorria à associação entre Estado e particular visando à satisfação de interesses públicos, de modo que a entrada do instituto da PPP no sistema vigente não importou substancial alteração. As inovações apresentadas pela Lei Federal nº 11.079/2004 limitam-se à formação do conceito legal de contrato de PPP, à definição das respectivas modalidades e à previsão de características peculiares do instituto.

Em meados de 1992, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), órgão do Ministério da Justiça, propôs a adoção do sistema de gerenciamento privado das prisões no Brasil, essa ideia fora influenciada pelos exemplos internacionais, já comentados em tópico anterior, os quais refletem uma característica, ou melhor, necessidades em comum, como, por exemplo, a redução de gastos e uma melhor administração e gerência dos presídios, de forma concomitante ao respeito aos direitos humanos dos reclusos.

Para (SANTOS, 2008) a gestão compartilhada é um modelo pelo qual cada parceiro mantém sua identidade institucional e programática, dirigindo pessoas, esforços e recursos para fins comuns e integrados. No Brasil, terceirizaram-se os serviços de fornecimento de refeições, aquisição de uniformes, serviços de lavanderia, entre outros.

O Estado do Paraná construiu o primeiro presídio com administração e construção sob responsabilidade do Estado, e a administração de serviços de segurança interna, alimentação, higiene, assistência médica, entre outras atividades internas, gerenciada pelo setor privado, em 1999, sob o nome de Penitenciária Industrial de Guarapuava.

Nessa penitenciária, foram criados canteiros de trabalho locando-se os serviços dos internos com remuneração, a fim de auxiliar na manutenção de familiares e no ressarcimento dos prejuízos a que eventualmente deram causa quando do cometimento dos crimes. Os canteiros são mantidos pelo Fundo Penitenciário do Estado do Paraná.

Os resultados colhidos nessa penitenciária foram satisfatórios, pois conforme Osório (2005) houve uma baixa reincidência entre seus egressos, de apenas seis por cento no ano de 2005 enquanto que em Maringá, sob a completa administração estatal, o índice chegava aos trinta por cento e a média nacional era de setenta por cento de reincidência criminal.

A política adotada no Paraná era a de promover a completa ressocialização do interno e a interiorização das unidades penais, o que possibilitou a aproximação do preso com seus familiares e amigos. Havia ainda o fornecimento de trabalho e cursos profissionalizantes para os detentos, com o benefício da posterior remição da pena, disposta na Lei de Execuções Penais, o que consistia, basicamente, em reduzir um dia de pena para cada três dias trabalhados.

O sucesso desse exemplo motivou outros Estados a experimentarem esse modelo de parceria entre o Estado e o setor privado. No presente trabalho, devido à profundidade e extensão do assunto, apresentará somente mais alguns exemplos, que aconteceram no Estado do Ceará.

A primeira experiência no Estado do Ceará ocorreu na Penitenciária Industrial Regional do Cariri, em Juazeiro do Norte, implantada por volta de novembro de 2000, na qual o serviço de vigilância interna dos detentos é prestado por empresa privada, enquanto que a vigilância na área externa é feita por policiais militares.

No ano de 2002, o governo do Ceará inaugurou a Penitenciária Industrial Regional de Sobral e o Instituto Presídio Professor Olavo Oliveira II, nos mesmos moldes de administração da Penitenciária do Cariri. Estes contratos foram feitos por meio de dispensa de licitação, infringindo assim a Lei nº 8.666/93.

Porém, as atividades desse presídio viriam a ser paradas, devido à decisão que suspendia o contrato firmado entre o Estado do Ceará e a Companhia Nacional de Administração Prisional Ltda. (CONAP), expedida pelo Juízo Federal da 3ª Vara no dia 19 de julho de 2007, decisão advinda de uma ação pública interposta pelo Ministério Público Federal (MPF) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em 2005. Na ação, o MPF e a OAB alegaram que a execução penal e a gestão de unidades prisionais são atividades típicas do Estado, portanto indelegáveis à iniciativa privada. Além disso, os contratos referentes a essas atividades estariam sendo feitos de forma irregular, com dispensas de licitações e elevados custos para o Governo.

O magistrado afirmou que a gestão de unidades prisionais é função típica do Estado, e por isso deve ficar a cargo exclusivo da administração pública. Em sua decisão, o juiz federal afirmou que a execução penal:

Imiscui-se, ontologicamente, no rol das funções típicas do Estado, de forma que o seu exercício deve ser incumbido a órgãos ou entidades públicos, sendo indelegável ou intransferível a particulares, à semelhança das atribuições legislativas, jurisdicionais, diplomáticas, policiais, etc.

A primeira experiência brasileira com o sistema de parceria público-privada em penitenciárias se deu no presídio construído em Ribeirão das Neves, região metropolitana de Belo Horizonte, Minas Gerais, na data de 28 de janeiro de 2013. Essa penitenciária foi construída por um consórcio de cinco empresas (uma sociedade com propósito específico), sob a forma de sociedade anônima, com o objetivo de explorar a concessão administrativa do presídio.

Para Oliveira (2013), as parcerias público-privadas se diferenciam das terceirizações utilizadas em outros presídios brasileiros, pois o parceiro privado deve construir o presídio, instalar bens e serviços com recursos próprios e financiados, o custo da obra é ressarcido aos poucos à iniciativa privada com as mensalidades que o Estado paga pelo serviço da gestão.

Neste complexo penitenciário convivem aproximadamente 2.000 presos, condenados nos regimes fechado e semiaberto. Não são aceitos estupradores ou integrantes de facções. Cada preso custa em média R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) por mês, metade deste valor é o custo real do preso, o lucro sobrevém após o

término dos gastos com a construção do presídio. As celas comportam no máximo 04 detentos, os compartimentos dentro dos presídios são monitorados por aproximadamente 800 câmeras, para vigiar as atividades dos detentos. O uso da tecnologia é extremamente importante para a eficácia desse sistema e redução de prejuízos, tendo em vista a automatização de alguns serviços ali instalados.

É possível visualizar algumas vantagens para o Estado na contratação da execução do serviço ao setor privado, visto que ele se beneficia do acesso às novas tecnologias, redução de gastos com pessoal, na ausência de burocracia para compra de materiais e contratação de serviços, visto que não há necessidade de processos licitatórios, na maior rapidez e eficácia que evita os atrasos nos cronogramas, os quais são bastante comuns em obras e serviços integralmente públicos.

Ademais, há também melhorias presentes no sentido de aumentar a capacidade de vagas no sistema prisional, visto que esse custo seria transferido para o parceiro privado, bem como a redução da corrupção de agentes de segurança, por meio de um sistema punitivo mais rigoroso e rápido, tendo em vista que os parceiros privados quando constatarem evidências de corrupção ou práticas infracionais, como tratamento favorecido a alguns presos, "regalias" destinadas a certos "líderes" dos reclusos, dentre outras, poderão demitir os seus funcionários e substituí-los sem a necessidade de aguardar o julgamento de um processo administrativo disciplinar e suas consequências na via judicial, devido à natureza e a estabilidade do cargo público, bastante distinta da natureza dos cargos privados.

6.VANTAGENS E DESVANTAGENS DA IMPLANTAÇÃO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO BRASIL

O Brasil tem hoje 11 das 30 cidades mais violentas do mundo de acordo (O GLOBO, 2014) e ocupava a sétima posição entre os países mais violentos (MAPA DA VIOLÊNCIA 2015: BRASIL OCUPA SÉTIMA POSIÇÃO NA LISTA DE 95 PAÍSES, 2016). Esse país é formado por uma população resultante de uma alta desigualdade social, que repercute, fortemente, no aumento de cometimento de crimes.

Segundo Rocha (2017, p. 10) o descaso dos governantes e o descumprimento das políticas governamentais de atendimento a população mais pobre são uma das inúmeras razões para não se constatar a redução da criminalidade no Brasil. Atualmente, não dá para esperar somente por resultados de longo prazo como a melhoria e a amplitude de acesso à educação básica, tendo em vista que se fazem necessárias soluções rápidas e objetivas para conter o avanço da mortandade e outros tipos de violência que dizem diariamente milhares de brasileiros inocentes.

O encarceramento eficaz tem como primeira consequência lógica a retirada de criminosos das ruas, gerando uma natural tranquilidade para toda a sociedade. Como reflexo indireto e muitas vezes esquecido, o encarceramento gera imediata redução dos índices de criminalidade conforme aponta estudo do IPEA (p. 7, 2013).

Segundo esse estudo, o aumento de 10% no número de presos proporciona, em 10 anos, uma redução na taxa de homicídios da ordem de 3,3%. Conclui ainda o referido estudo que esse encarceramento gera imediato reflexo na queda das taxas de outros crimes.

As consequências da alta criminalidade no Brasil são incontáveis, produz reflexos diretos e indiretos na saúde, no sistema previdenciário e trabalhista, devido ao aumento de doenças psicossomáticas paralisantes, tais como síndrome do pânico e transtornos de ansiedade.

Ou seja, o crime, especialmente com violência, gera uma infinidade de outros problemas de saúde, sociais e econômicos.

6.10 sistema prisional brasileiro

Entre os 20 países de maior população carcerária do mundo, o Brasil ocupava em 2014 a 4ª colocação, contando com aproximadamente 700 mil encarcerados, conforme dados do Ministério da Justiça, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia. Outro dado preocupante é o relacionado à tendência de crescimento do número de presos no Brasil, em comparação com os outros países acima citados. Ao contrário dos três primeiros colocados, o Brasil apresenta uma taxa de crescimento entre 2008 e 2014 na ordem de 33%, enquanto, no mesmo período, os Estados Unidos tiveram um decréscimo de 8%, China, de 9%, e Rússia, de 24%.

Até julho de 2019, segundo levantamento feito pelo Banco de Monitoramento de Prisões do Conselho Nacional de Justiça (O GLOBO, 2019), a população carcerária brasileira contava com 812.564 presos, os dados mostraram que, do total da população carcerária, 41,5% (337.126) são presos provisórios – pessoas que ainda não foram condenadas. Ademais, a pesquisa mostrou também que há, em todo o país, 366,5 mil mandados de prisão pendentes de cumprimento, dos quais a grande maioria (94%) é procurada pela justiça, ou melhor, esses presos estão foragidos.

A contabilização realizada pelo CNJ considera os presos já condenados e os que aguardam julgamento, o que abarca detentos que estão cumprindo a pena nos regimes fechado, semiaberto e aberto em Casas do Albergado, uma espécie de abrigo público destinado a cumprimento de pena, previsto na Lei de Execuções

Penais. Esse monitoramento excluiu os presos com tornozeleira eletrônica e os que estão em regime aberto domiciliar.

Nota-se que o crescimento da criminalidade é proporcional ao crescimento da população carcerária, segundo diagnóstico do DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional (O Globo, 2019) o ritmo de crescimento dessa população carcerária é de 8,3% ao ano, o que evidencia a falência do sistema prisional, que além de não cumprir com o objetivo final de ressocializar e integrar o recluso, novamente, na sociedade, ainda viola inúmeros direitos fundamentais garantidos formalmente na Constituição brasileira.

Para além das estatísticas, quando se recortam os relatórios produzidos pelo Ministério da Justiça sobre o perfil dos encarcerados, verifica-se que o sistema prisional se manifesta como o mais perverso dos retratos da sociedade brasileira. Segundo o relatório produzido pelo INFOPEN – Informações Penitenciárias (p. 31, 2017), o perfil dos presos é majoritariamente de jovens negros, de baixa escolaridade e baixa renda. Ora, diante dessa constatação inicial, não resta qualquer dúvida quanto ao fato de que os problemas sociais refletem diretamente no índice de criminalidade.

6.1 As Parcerias público-privadas e as garantias constitucionais do preso

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso III, assegurou que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, já o inciso XLVIII assegurou aos presos que: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” e o inciso XLIX dispõe o seguinte: “é assegurados aos presos o respeito à integridade física e moral”.

A realidade factual, porém, é bem distinta do que está disposto na Lei Maior, não raro, os presídios estão superlotados e as instalações estão em um péssimo estado de conservação, bem como há um péssimo tratamento dos presos em relação aos cuidados médicos, alimentícios e psicológicos, o que demonstra o descaso dos governos bem como o abandono da busca pela implementação dos objetivos assegurados constitucionalmente aos presídios, os quais se destinam a ressocialização e integração do preso novamente na sociedade, contribuindo para o bem estar coletivo.

Os noticiários, rotineiramente, reportam as rebeliões e os inúmeros assassinatos ocorridos dentro dos presídios, os quais motivados pelas guerras entre as facções. O Estado vê-se então, em uma situação de descontrole, na qual há inúmeras violações aos direitos fundamentais constitucionais bem como aos direitos humanos, sob o ponto de vista internacional.

Se não houver o controle dessa situação problemática para frear esse crescimento, a população carcerária pode chegar a quase 1,5 milhão de presos em 2025. A superpopulação carcerária e a quantidade de presos aguardando julgamento foram dois pontos criticados por ministros do Supremo Tribunal Federal em 2015, quando este Tribunal finalizou o julgamento de uma ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) em que questionava “ações e omissões” do poder público em relação ao sistema penitenciário brasileiro e pedia a adoção de providências para o tratamento da questão prisional do país.

Diante da análise da ação, o Plenário concluiu que a responsabilidade diante desse caos seria dos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), e que essa situação era um verdadeiro ataque generalizado aos direitos dos presos em relação à integridade física e psíquica. A consequência nefasta dessa violência institucional seria a produção de mais violência, demonstrada pelo crescimento exponencial dos presos, da sensação de medo e de insegurança que ronda a população brasileira.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio, avaliou a situação dos presos como “vexaminosa”

A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante, e indigno a pessoas que se encontram sob sua custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. (STF - ADPF: 347 DF 0003027-77.2015.1.00.0000, Rel. Min. Marco Aurélio, 26.10.2015).

No julgamento da ADPF ajuizada pelo PSOL, o Supremo Tribunal Federal concluiu que as condições degradantes dos presídios no Brasil violavam direitos fundamentais dos presos e reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” em relação ao sistema penitenciário nacional.

O “estado de coisas inconstitucional” é uma figura jurídica que surgiu na Corte Constitucional da Colômbia, que identificou um quadro insuportável e permanente de violação de direitos fundamentais, a exigir a atuação de todos os Poderes, originado da inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação.

Na ocasião do julgamento, a Corte brasileira determinou que o governo liberasse o saldo acumulado no Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), destinado à construção e reforma de presídios, também fora decidido que os tribunais e juízes do país deveriam adotar medidas para aplicar as chamadas “audiências de custódia”, procedimento pelo qual os presos são levados em até 24 horas a um juiz para determinar a necessidade ou não de permanecerem na cadeia antes da condenação.

6.3 Medidas realizadas em âmbito nacional para a redução das violações aos direitos dos detentos

O Ministério da Justiça, questionado pela reportagem do G1 (O GLOBO, 2019) sobre contingenciamento de verbas do Fundo Penitenciário para a construção de novos presídios, informou que desde 2016 não há mais esses bloqueios das verbas, afirmou também que em 2019, mais de R\$ 1,1 bilhão do fundo foram liberados para construção, ampliação, aprimoramento e reforma das instalações.

O DEPEN afirmou também para o G1 que pretende ampliar o número de vagas nas penitenciárias, bem como promover a ampliação de parcerias público-privadas e a troca de experiências por meio de diálogos com as Associações de Proteção aos Condenados (APAC's).

É importante explicar que o presente artigo científico não se alongará no estudo das medidas alternativas de cumprimento da pena como as medidas substitutas da prisão (ex: uso de tornozeleira eletrônica) que já são aplicadas pelos juízes em todo o país, devido a sua brevidade e ao seu enfoque principal, o qual se dá na aplicação do sistema de parcerias público-privadas no setor penitenciário como uma forma de inibir a violação aos direitos fundamentais dos presos, bem como a execução de uma verdadeira ressocialização dos mesmos.

Em 17 de junho deste ano, a Medida Provisória nº 885, editada pelo Governo Federal autoriza a contratação provisória de engenheiros para dar andamento nos projetos de reforma e construção de penitenciárias bem como a elaboração de projetos padronizados de unidades.

O DEPEN possui hoje 94 Contratos de Repasse vigentes e mais 170 pleitos de obras com recursos do Fundo a Fundo (transferência obrigatória). A intenção, de acordo com o DEPEN, é que os engenheiros deem continuidade às análises de projetos passivos e celeridade às obras em andamento. (MINISTÉRIO..., 2019).

Além disso, com a mão de obra reforçada, o DEPEN prevê a entrega 20 mil novas vagas para o ano de 2019 e mais 30 mil para 2020 com intuito de sanar um

dos grandes gargalos do sistema prisional, que é o déficit de cerca de 350 mil vagas. (MINISTÉRIO..., 2019).

O objetivo é a ampliação de vagas em presídios bem estruturados, que possam fornecer internamente ocupações laborais para os detentos, o que ajudaria a mantê-los afastados de facções e assim, possibilitaria uma reabilitação em condições mais humanas.

Outras iniciativas ocorreram nos últimos anos, por meio de pequenas alterações na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) com a finalidade de evitar mais tragédias, como a ocorrida no Presídio de Pedrinhas e em outros inúmeros presídios brasileiros.

A primeira alteração foi a adição do inciso XXXV no artigo 24 da Lei de Licitações, o qual foi incluído pela Lei nº 13.500 de 2017:

Artigo 24. É dispensável a licitação:

XXXV - para a construção, a ampliação, a reforma e o aprimoramento de estabelecimentos penais, desde que configurada situação de grave e iminente risco à segurança pública.

Deve-se admitir a utilização desta hipótese de contratação direta apenas em situações emergenciais, nas quais a submissão à tramitação do processo licitatório se demonstre incompatível com a urgência exigida para a intervenção (“situação de grave e iminente risco à segurança pública”).

Nas construções de presídios, obras, recuperações e ampliações ordinárias, não identificados os pressupostos legais, deve-se priorizar a adoção do devido procedimento licitatório.

Outra medida que se destina a melhorar as possibilidades de ressocialização do ex-detento e sua reinserção no mercado de trabalho, fora também incluída pela Lei nº 13.500 de 2017, desta vez, a inclusão do parágrafo quinto ao artigo 40:

Artigo 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para o início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

§ 5º A Administração Pública poderá, nos editais de licitação para a contratação de serviços, exigir da contratada que um percentual mínimo de sua mão de obra seja oriundo ou egresso do sistema prisional, com a finalidade de ressocialização do reeducando, na forma estabelecida em regulamento.

Para Torres (2018, p. 245) trata-se de uma exigência discricionária da Administração Pública, que deverá respeitar as regras estabelecidas em regulamento. Cada unidade federativa possui autonomia para definir os termos para aplicação ou mesmo não aplicação desta regra de fomento à ressocialização de egressos do sistema prisional.

No âmbito federal, foi publicado o Decreto federal nº 9.450, de 24 de julho de 2018, que instituiu a Política Nacional de Trabalho, no âmbito do Sistema Prisional, voltada à ampliação e qualificação da oferta de vagas de trabalho, ao empreendedorismo e à formação profissional das pessoas presas e egressas do sistema prisional, regulamentando o §5º do art. 40 da Lei nº 8.666/93.

Diante da dificuldade em reverter esse quadro dramático em que vive a população carcerária brasileira, alguns doutrinadores e especialistas em Direito Penal já declararam a sua preferência em adotar o modelo de privatização dos presídios, aos moldes do modelo francês e das experiências brasileiras já citadas, dentre eles o professor Luís Flávio Gomes (2002) que considera esses exemplos bem sucedidos:

Incontáveis resistências se levantam, oriundas de desconhecimento, ignorância do tema e da experiência, ou até de má-fé, mas todas, absolutamente todas são "espancadas", quando se discute o tema sem paixões, no plano técnico e racional. É lamentável que diante do desastre do sistema prisional no mundo e das mazelas gigantesca do sistema brasileiro, ainda existam pessoas, que rejeitam até a observação de uma experiência brasileira, que é real e precisa ser estudada. Muitas dessas resistências parte de setores que pretendem manter a situação como está, vale dizer, investem na piora do sistema prisional, por interesses menores e até inconfessáveis, ressalvados aqueles que resistem por puro desconhecimento da matéria. Chegará o dia em que a realidade será inegável. Espero que não seja tarde demais. Não estou dando mero palpite, estudei e continuo a estudar essa modalidade de gerenciamento prisional, observando seus resultados no mundo todo e obtive meu grau de Mestre em Direito Penal

pela USP, com a tese da privatização de presídios. De minha parte, não me acomodo e continuo a defender essa experiência no Brasil, até porque não admito que a situação atual se perpetue, gerando mais criminalidade, sugando nossos preciosos recursos, para piorar o homem preso que retornará, para nos dar o troco!

Fernando Capez declarou que:

É melhor que esse lixo que existe hoje. Nós temos depósitos humanos, escolas de crime, fábrica de rebeliões. O estado não tem recursos para gerir, para construir os presídios. A privatização deve ser enfrentada não do ponto de vista ideológico ou jurídico, se sou a favor ou contra. Tem que ser enfrentada como uma necessidade absolutamente insuperável. Ou privatizamos os presídios; aumentamos o número de presídios; melhoramos as condições de vida e da readaptação social do preso sem necessidade do investimento do Estado, ou vamos continuar assistindo essas cenas que envergonham nossa nação perante o mundo. Portanto, a privatização não é a questão de escolha, mas uma necessidade indiscutível é um fato. (CAPEZ *apud* SANTOS, 2008)

Para Moura (2011, p. 29) esse modelo possui muitas vantagens para o Estado, visto que a empresa privada pode comprar bens e realizar obras, de uma forma mais célere e econômica, visto que não há a exigibilidade de realizar procedimentos licitatórios, bem como promover a demissão, sem a exigibilidade de processo administrativo, diante de fraudes e infrações de seus empregados. Diante dessas constatações, é pertinente a movimentação do debate em torno de uma maior aplicação dessa medida pelos Estados brasileiros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo procurou analisar as Parcerias Público-Privadas como uma alternativa viável para atender as demandas constitucionais de garantia dos direitos fundamentais dos presos, e também para evitar os gastos excessivos do Estado com os serviços públicos, visto que, boa parcela dos gastos relativos à construção e manutenção dos presídios seria transferida para os gestores privados.

As vantagens advindas dessa parceria ajudariam a manter o equilíbrio fiscal dos Estados em um cenário nacional de baixo crescimento econômico e aumento

considerável de desempregados, os quais são o combustível ideal para o crescimento de outras mazelas sociais como violência, doenças e analfabetismo.

As desvantagens que foram citadas se originariam do retorno financeiro das empresas privadas responsáveis por estes presídios. Os opositores alegam que esses tipos de parcerias com o setor privado poderiam fomentar o “encarceramento” de mais pessoas, somente para o auferimento de um maior lucro por preso, também alegam a menor fiscalização e segurança dos presos, bem como uma menor qualidade dos serviços alimentícios, psicológicos e de hospedagem dos detentos.

Entretanto, esses problemas foram levantados na administração de presídios americanos, de modo que é importante ressaltar que no Brasil, devido ao pequeno número de presídios administrados por meio de parceria público-privada, não há ainda constatações de descasos e violações de direitos fundamentais dos presos, pelo contrário, os presídios explorados pela iniciativa privada com utilização do modelo de PPP nos Estados de Alagoas, Espírito Santo, Paraná, Santa Catarina e Minas Gerais mostraram resultados satisfatórios, dentro da exigência da legislação brasileira e dos parâmetros internacionais de respeito aos direitos humanos.

É notório que diante da realidade dos presídios públicos brasileiros, de profunda degradação e violação de direitos, as Parcerias Público-Privadas mostraram-se como uma solução viável para garantir o mínimo que é exigido na Lei Maior, na Lei de Execução Penal e nas normas internacionais que o Estado Brasileiro adere. A celeridade e melhoria da qualidade da prestação dos serviços, a redução dos gastos estatais, geram benefícios não apenas para o Estado ou para o preso, mas para toda a sociedade, que se beneficiará com a integração de um cidadão, e não a recolocação de um “criminoso” novamente no seio social.

Não se pretende esvaziar o debate, mas sim fomentá-lo com novas perspectivas sobre esse cenário social, que envolve não só o Direito Penal ou Administrativo, mas também outras áreas como a Administração, Sociologia, Psicologia, Política, dentre tantas outras. Devido a pouca abordagem desse tema nos meios políticos e midiáticos, visto que, o imaginário social ainda é povoado com a ideia falaciosa do “bandido bom é bandido morto”, esse artigo buscou apresentar a realidade desse tipo de contratação, que é a Parceria Público-Privada, seus benefícios, malefícios, bem como a necessidade e a urgência de esforços para a implantação de medidas em curto prazo, como forma de evitar mais massacres e desrespeitos aos direitos fundamentais daqueles que se encontram diariamente no interior dos cárceres brasileiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Adolfo Sachsida. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Evolução e determinantes da taxa de homicídios no Brasil**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2013. 52 p. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1808.pdf.> Acesso em 27.07.2019.

_____. Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984. *Institui a Lei de Execução Penal*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em 20.07.2019.

_____. Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993. *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em 20.07.2019.

_____. Lei n.º 11.079 de 30 de dezembro de 2004. *Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em 20.07.2019.

_____. Medida Provisória nº 885 de 17 de junho de 2019. *Altera a Lei nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986, para alterar disposições acerca do Fundo Nacional Antidrogas, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, e a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público*. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/web/dou/-/medida-provisoria-n-885-de-17-de-junho-de-2019-164063888>> Acesso em 20.07.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF:347 DF–DISTRITO FEDERAL 0003027-77.2015.1.00.0000, Relator: Min. Marco Aurélio. DJ:17/11/2015. **Supremo Tribunal Federal**, 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> Acesso em: 23 ago. 2019.

CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação. Globo, Brasília. 17 julho 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>> Acesso em 24 ago. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.106.

Direito Público Em Pauta. Entrevistas por Vilbégina Monteiro. Disponível em: <<http://www.datavenia.net/entrevistas/000012032002.htm>> acesso em 03 abr 2008, *apud* SANTOS, Jorge Amaral dos. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13521>> Acesso em 22 ago. 2019.

D^oURSO, Luiz Flávio Borges. **PRIVATIZAÇÃO DAS PRISÕES MAIS UMA VEZ A POLÊMICA.** Disponível em: <http://www.oabms.org.br/noticias/lernoticia.php?noti_id=137> Acesso em: 24 ago. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Panorama da cidade de Nova Iguaçu. **População estimada de Nova Iguaçu.** Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rj/nova-iguacu/panorama>> Acesso em 25 ago. 2019.

Levantamento nacional de informações penitenciárias. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em 24 ago. 2019.

Levantamento nacional de informações penitenciárias, atualização julho de 2017/ organização, Marcos Vinicius Moura. – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf/view>>. Acesso em 25 ago. 2019.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo, Vol. 3.** Ed. Salvador; Juspodium, 2007, p. 484.

MEDEIROS, Raquel Formiga de. **Crise no cárcere: a utilização da parceria público-privada e a privatização do presídio.** In: CONPEDI/Unisinos (Universidade do Vale do Rio Sinos), Porto Alegre, 2018.

MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

Ministério da Justiça e Segurança Pública. Engenheiros serão contratados para dar celeridade às obras de novas vagas no sistema prisional. Brasília, 18 junho 2019. Disponível em: <<https://justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1560875707.87>> Acesso em: 24 ago. 2019.

MOURA, Viviane Braga de. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. Trabalho de conclusão de curso de pós- graduação *lato sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo e Execução Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Lívia Freitas Guimarães. **Parceria público-privada no sistema penitenciário brasileiro**. 2013. Disponível em: < <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjEt5epu5zkAhUhGbkGHXgXARwQFjAAegQIAhAC&url=http%3A%2F%2Fwww.tcc.sc.usp.br%2Ftce%2Fdisponiveis%2F89%2F890010%2Ftce-30012014-161303%2Fpublico%2FLiVIAFREITASG.OLIVEIRA.pdf&usg=AOvVaw2jow12SYuwJAhzsoL1crb8>> Acesso em 24 ago. 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina; VIZZOTTO, Vinicius Diniz. **Sistema Penitenciário e Parcerias Público-Privadas: Novos Horizontes**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7643>>. Acesso em: 03 abr. 2008, *apud* SANTOS, Jorge Amaral dos. In: _____.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário**. 9º edição. Salvador: Juspodium, 2017.

Privatização das prisões mais uma vez a polêmica. **Jusbrasil**, Mato Grosso do Sul, 2002. Disponível em: <<https://oab-ms.jusbrasil.com.br/noticias/1645576/privatizacao-das-prisoas-mais-uma-vez-a-polemica>> Acesso em: 24 ago. 2019.

ROCHA, Zélio Maia da. **PRESÍDIOS PÚBLICOS OU PRIVADOS?** Uma avaliação sobre o uso das parcerias público-privadas para a construção e gestão de presídios. 2017. Disponível em: < https://m.migalhas.com.br/depeso/267821/presidios-publicos-ou-privados-uma-avaliacao-sobre-o-uso-das?fbclid=IwAR2Xp9JtIU4HCCJFRc0NisL6xOZCXMJBLr7uWvpMJmBHhBcJ_E6BxxTa42U> Acesso em 27.07.2019.

ROMIGIO, Marcelo. Brasil tem 11 das mais violentas do mundo, diz ONU. Rio de Janeiro, 10 abr. 2014. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/brasil-tem-11-das-30-cidades-mais-violentas-do-mundo-diz-onu-12151395>> Acesso em: 27 jul. 2019.

SANTOS, Jorge Amaral dos. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro.** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2269, 17 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13521>> Acesso em 24 ago. 2019.

TORRES, Ronny Charles L. de. **Licitações Públicas.** 9ª edição. Salvador: Juspodium, 2019.

O PAPEL DO DIREITO NO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

ELOÁ DIAS E SILVA: Bacharelanda do curso de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus (CEULM/ULBRA)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo estudar alguns dos dispositivos normativos existentes no ordenamento jurídico brasileiro que respaldam as garantias de prevenção e combate à violência contra a mulher, esta, que se manifesta de diversas maneiras, tanto no âmbito doméstico como no social. O Brasil tem níveis acima da média mundial em relação a crimes violentos, porém, a violência atinge homens e mulheres de formas distintas. Nesse sentido, a transgressão de direitos especificamente contra as mulheres não é um fato recente, mas histórico, muitas vezes reflexo de uma cultura embasada na desigualdade de gênero. Por fim, superados tais pontos, o aludido trabalho aborda os avanços da legislação brasileira somado aos esforços de Políticas Públicas respectivamente no sentido de combater a violência contra a mulher, como alguns dos exemplos, a criação da Lei 11.340 sancionada em 07 de Agosto de 2006, chamada de Lei Maria da Penha e a Lei 13.104 de Março de 2015, Lei do feminicídio, são algumas das ferramentas verificadas neste artigo e discutidas a seguir.

Palavras-chave: Direito Penal. Violência contra a mulher. Combater.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO – 2. AS FORMAS DE VIOLÊNCIA; 2.1. A VIOLÊNCIA EM DADOS; 2.2. O PAPEL DO DIREITO NO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER; 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Diante ao contexto histórico, nota-se que a mulher sempre foi considerada como o sexo inferior, nas sociedades antigas muitas vezes era vista como um objeto do qual a única função era a de servir, subjugada por meio de estereótipos patriarcais, pertencia ao homem o poder de decidir sobre a existência da mulher, e para isso, não raro o meio utilizado para alcançar tal fim era a violência.

Ao transcorrer do tempo esse pensamento de posse e submissão em face à mulher deixou de ser admissível, a desigualdade de gênero começou a ser inaceitável, a violência intolerável e leis foram criadas para protegê-las contra práticas abusivas, tornando-as em crimes.

Apesar disso, infelizmente ainda há quem resista às mudanças dos padrões e como consequência disso é a recorrente constatação de agressão física, psicológica

e moral, porém, atualmente a mulher tem voz, tem direitos e não apenas deveres, é a única que possui o poder de decidir sobre a sua vida, uma violação a ela representa uma violação a todos, devendo ser combatida em seus mais amplos aspectos.

Nessa perspectiva, a violência contra a mulher nos últimos anos vem se tornando assunto público e uma questão social, afirmação esta que pode ser averiguada pelos veículos de notícias e estudos.

De acordo com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, chamada de “Convenção de Belém do Pará”, adotada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) violência contra a mulher é “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”. (CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ, 1994, artigo 1º).

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos realizada pelas Nações Unidas, em 1993, em Viena, adotou formalmente a violação contra as mulheres como uma infração contra os direitos humanos. Desse modo, verifica-se que a violência se manifesta de diversas formas e ambientes, resultando na nefasta transgressão de direitos básicos inerentes ao ser humano.

Segundo a Organização Mundial Da Saúde (OMS) e dados do Mapa da violência de 2015, o Brasil ocupa o quinto lugar na posição de homicídios contra as mulheres. Tal posição expressa que algo deve ser feito para que essa trágica realidade mude e que o Brasil venha a se tornar um lugar seguro para as mulheres. Logo, visualizando esta necessidade, dispositivos legais e institucionais foram criados pelo poder público para proteger e atender a esse grupo alvo.

Nesse prisma, o objetivo do presente trabalho é analisar alguns dos mecanismos legais e institucionais criados pelo legislador no intuito de combater, prevenir e punir a violência contra a mulher. Por fim, além da seção introdutória, esta pesquisa está estruturada em: seção 2 enuncia elucidada a base teórica, seção 3 considerações finais.

2. AS FORMAS DE VIOLÊNCIA

Segundo o artigo 7º da Lei nº 11.340/2006 são formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II– a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV – a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.”

2.1 A VIOLÊNCIA EM DADOS

Pesquisas recentes indicam números alarmantes com relação à violência contra as mulheres. De acordo com estudo realizado em 2015 pelo Instituto DataSenado, do Senado Federal, uma em cada cinco mulheres já foi vítima de algum tipo de violência doméstica, sete em cada dez sofreram agressão física e 48% agressão psicológica.

Estatísticas do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) demonstram que, em 2016, houve 49.497 registros de ocorrências de estupro, no ano de 2018 esse número subiu para 66 mil.

Segundo levantamento feito pelo Datafolha em 2018, encomendado pelo FBSP para avaliar o impacto da violência contra as mulheres no Brasil, cerca de 16 milhões de mulheres com mais de 16 anos sofreram algum tipo de violência, 76% delas conheciam o agressor, normalmente alguém próximo.

O Ministério da saúde, em 2019, divulgou dados dos quais evidenciaram um aumento expressivo nos últimos anos das notificações nos casos de agressões físicas, estupro marital, violência psicológica, uso de armas de fogo e assédio no trabalho.

Com base nas informações disponibilizadas pelo Monitor da Violência em parceria com o veículo de notícias G1 e o FBSP, em 2019 o país constatou 3.739 homicídios dolosos contra a mulher, desse total 1.314 foram de feminicídios, o maior registro desde que a lei entrou em vigor.

Esta fora a primeira vez que todos os estados do Brasil passaram os dados oficiais sobre o feminicídio, pois até o ano passado muitos deles não os possuíam. Todavia, 2019 é o segundo ano consecutivo que a quantidade de mulheres vítimas de homicídios cai, 19% menos mortes em semelhança com 2018. Vide tabela 1.

Tabela 1 – Homicídios de mulheres no Brasil (anos 2018,2019)

Estado	Mulheres vítimas de homicídio em 2018	Mulheres vítimas de homicídio em 2019	Varição (em %)
Acre	35	31	-11,4
Alagoas	64	89	39,1
Amapá	11	15	36,4
Amazonas	92	79	-14,1
Bahia	422	398	-5,7
Ceará	448	225	-49,8
Distrito Federal	47	60	27,7
Espírito Santo	93	89	-4,3
Goiás	194	147	-24,2
Maranhão	101	102	1,0
Mato Grosso	82	87	6,1
Mato Grosso do Sul	86	72	-16,3
Minas Gerais	323	276	-14,6

Pará	319	196	-38,6
Paraíba	80	70	-12,5
Paraná	211	216	2,4
Pernambuco	232	190	-18,1
Piauí	49	45	-8,2
Rio de Janeiro	348	303	-12,9
Rio Grande do Norte	108	102	-5,6
Rio Grande do Sul	316	260	-17,7
Rondônia	41	28	-31,7
Roraima	27	17	-37,0
Santa Catarina	95	129	35,8
São Paulo	461	444	-3,7
Sergipe	37	47	27,0
Tocantins	31	22	-29,0
BRASIL	4.353	3.739	-14,1

Fonte: g1.globo.com, (05/03/2020)

Ao traduzir a violência em números, ocorre algo ainda mais negativo ao ser certificado que o Brasil é o quinto país no mundo onde mais se mata mulheres, além de ser configurado em seus aspectos específicos como crime, essa violência já é reconhecida como um grave problema de saúde pública.

2.2 O PAPEL DO DIREITO NO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

O enfrentamento à violência contra a mulher ocorre de diversas formas, dentre elas, a lei carrega uma função especial, pois a força exercida pelo Estado abrange toda a sociedade.

Como passar do tempo, o legislador observou a necessidade de criar na legislação brasileira instrumentos para proteger a mulher e punir o agressor da violência.

Assim, no dia 7 de agosto de 2006, o Brasil tornou-se referência internacional com a sanção da Lei nº 11.340, nomeada de Lei Maria da Penha, que

busca atender mulheres que se encontram na situação de violência doméstica e familiar. De acordo com Maria Berenice Dias:

“A Lei Maria da Penha veio para suprir, com vantagem, essa negligência, pois cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, visando assegurar a integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial da mulher” (DIAS, 2013, p.112).

A mencionada Lei diz em seus primeiros artigos:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art. 226 da § 8º da Constituição Federal da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.”

Pode-se extrair dos artigos acima citados e seus respectivos parágrafos, a essencial importância de unir todas as esferas sociais na soma de forças para combater a violência doméstica e familiar direcionada à mulher, e para alcançar esse objetivo a lei norteia o caminho.

O artigo 8º da Lei Maria da Penha por exemplo, estabelece procedimentos de medidas integradas de prevenção:

Art. 8º A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes:

I- a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;

II - a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, concernentes às causas, às consequências e à frequência da violência doméstica e familiar contra a mulher, para a sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas; [..]

Em resumo, nesse artigo o legislador enfatiza o valor que o Poder Público tem e o inclui no sentido de que este venha contribuir na busca de garantir a efetiva tutela aos direitos da mulher.

De acordo com Alice Bianchini o objeto da lei é “a violência contra a mulher baseada no gênero, praticada no âmbito doméstico, familiar ou em uma relação de afeto.” (BIANCHINI, 2013, p. 29).

Concordante ao relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) “O Poder do Judiciário na Aplicação da Lei Maria da Penha”, de 2017, revela que no ano de 2016 foram expedidas 195.038 medidas protetivas de urgência pelos Tribunais Estaduais,

instituídos 290.423 novos inquéritos policiais, seguiram um milhão cento e noventa e nove mil cento e dezesseis processos na justiça estadual e foram proferidas 194.304 sentenças. O relatório em tela representa um aperfeiçoamento com relação aos dados oficiais.

Em 2003, um importante passo foi dado para o fortalecimento de políticas públicas com a criação da Secretaria de Políticas para as Mulheres, é um órgão vinculado ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, cuja atribuição objetiva trazer qualidade de vida para as mulheres brasileiras.

Permanecendo no âmbito das Políticas Públicas, houve a realização da primeira Conferência de Políticas Públicas para as mulheres, em 2004, foi o grande ponto no processo das políticas a serem inseridas no Brasil, como Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher em Situação de Violência, Defensorias Públicas da Mulher, Casas Abrigos, Promotorias e Juizados da Violência Doméstica e Familiar, Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher 2007 e o Programa Viver sem Violência, de 2013.

Sendo assim, o advento da Lei Maria da Penha foi um significativo marco do papel do direito no combate à violência contra a mulher, pois a mesma veio criminalizar essa violência e penalizar seu autor, além de estabelecer parâmetros e estratégias de prevenção à integridade da mulher e respaldar seus direitos conquistados ao longo do tempo. Incluindo igualmente nesse contexto os esforços desenvolvidos por políticas públicas em criar uma sociedade mais segura para as mulheres.

Ademais, a Lei nº 13.104/2015 criada a partir de uma recomendação da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência contra a Mulher (CPMI-VCM), alterou o art. 121 do Código Penal, para prever o Femicídio como qualificadora do crime de homicídio, e o inclui no rol de crimes hediondos, chamada de Lei do Femicídio.

O feminicídio é o assassinato de mulher simplesmente pelo fato do sujeito passivo ser mulher, ou seja, é um crime de gênero, os motivos mais recorrentes são o ódio, sentimento de perda de posse e controle sobre a mulher, menosprezo, discriminação à condição de ser mulher, caso de violência doméstica e familiar.

A pena para o crime vai de 12 a 30 anos de reclusão, mas pode ser elevada, as causas de aumento de pena são, conforme §7º do art. 121 do Código Penal brasileiro: caso o crime seja praticado na presença de filhos, pais ou avós da vítima, durante a gestação ou nos três meses imediatamente pós-parto e ainda contra vítima menor de 14 anos, maior de 60 anos ou com deficiência.

Por fim, vislumbra-se que nos últimos anos o ordenamento jurídico brasileiro obteve gradativos progressos no confronto à violação de direitos sofridos pelas mulheres, o legislador não se manteve omissivo. Logo, as mudanças ocorridas na legislação vão na direção de buscar reduzir e combater crimes praticados contra elas.

Alguns exemplos já o foram mencionados, como, a Lei Maria da Penha, Lei do Feminicídio e a participação do Poder Público nesse contexto, porém, há outras ferramentas que corroboraram no terreno legislativo, a Lei nº 10.778/2003, que cria notificação compulsória em relação a casos de violência contra a mulher atendidas nos serviços de saúde; Lei nº 12.015/2009, que dispõe acerca de crimes contra a dignidade sexual; Lei nº 12.845/2013, trata sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual; a Lei de Importunação Sexual, nº 13.718/2018, visa tutelar a liberdade sexual da vítima, o caso mais comum é o assédio sofrido por mulheres no transporte público.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realização do presente trabalho permite concluir que o Brasil continua a ser um país violento para as mulheres, atualmente são notificadas centenas de ocorrências de violência doméstica e familiar, sexual, psicológica, moral, altas taxas de homicídios de mulheres que, quando causados por condição de gênero, são tipificadas como feminicídio.

Nessa ótica, os dados aqui demonstrados esclarecem somente uma parte de um complexo problema advindo de uma cultura com profundas raízes históricas e disseminada na superfície social ao transcorrer dos anos.

De tal sorte, porém, é notório que mudanças continuam a acontecer no sentido de reverter a trágica realidade que vivenciam as mulheres em relação às inseguranças, muito tem sido feito para que as leis e políticas públicas possam ser efetivamente implementadas e mais mulheres encontrem condições para acessar direitos e encontrar justiça.

Por tal razão, é substancial o comprometimento dos governos, instituições e da sociedade para que a mulher tenha segurança e proteção, pois os desafios que ainda persistem são tão grandes quanto as conquistas. Assim sendo, é imprescindível o papel da Lei no combate a essas frequentes violações de direitos e garantias e na punição de quem as pratica.

4. REFERÊNCIAS

A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/a-violencia-contra-a-mulher>>. Acesso em: 10, junho de 2020.

A CULTURA MACHISTA COMO CAUSA. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/a-cultura-machista-como-causa>>. Acesso em: 12, junho de 2020.

ATLAS DA VIOLÊNCIA 2019. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34784> Acesso em: 15, junho de 2020.

BIANCHINNI, Alice. **Lei Maria Penha**: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Decreto nº 1.193, de 1º de agosto de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm>. Acesso em: 17, junho de 2020.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 8, junho de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm>. Acesso em: 9, junho de 2020.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 1ª. ed. Porto Alegre: Revisa dos Tribunais, 2008.

FERNANDES, Valeira DiezScarance, **Lei Maria da Penha**: O Processo Penal no Cainho da Efetividade. 25ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

XIII JORNADA LEI MARIA DA PENHA. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/violencia-contra-a-mulher/>>. Acesso em: 20, junho de 2020.

MONITOR DA VIOLÊNCIA. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/03/05/mesmo-com-queda-recorde-de-mortes-de-mulheres-brasil-tem-alta-no-numero-de-feminicidios-em-2019.ghtml>>. Acesso em: 13, junho de 2020.

RIBEIRO, Dominique De Paula, **Violência Contra A Mulher**. 1ª. ed. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2013.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/relatorios/pesquisa-datasenado-2015-relatorio-e-tabelas-descritivas>>. Acesso em: 8, junho de 2020.

O PAPEL DAS FORÇAS ARMADAS NO COMBATE AO NOVO CORONAVÍRUS

MARCOS VINICIUS MARTINS CAVALCANTE:

Bacharel em Direito - Faculdade de Ciências Sociais e Tecnológicas - FACITEC. Especialista em Direito Público (Pós-Graduação Lato Sensu) - Faculdade Projeção. Ex-Técnico Judiciário/TST, ex- Analista do MPU - Apoio Jurídico / Direito; ex-Analista Judiciário - Área Judiciária, atualmente Advogado da União

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo demonstrar o papel das Forças Armadas no combate ao novo coronavírus, como forma de manutenção dos pilares de sustentação da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Combate à COVID-19. Atribuição das Forças Armadas.

1 INTRODUÇÃO

A Organização Mundial da Saúde (OMS), em 30 de janeiro de 2020, declarou que o surto da doença causada pelo novo coronavírus (SARS-COV-2), responsável pela doença catalogada como COVID-19, constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), considerada o mais alto nível de alerta da organização, segundo o Regulamento Sanitário Internacional (RSI). Em 11 de março de 2020, o SARS-COV-2 foi caracterizado pela OMS como uma pandemia.

Ainda segundo a OMS, a ESPII é considerada, nos termos (RSI), “um evento extraordinário que pode constituir um risco de saúde pública para outros países devido à disseminação internacional de doenças; e potencialmente requer uma resposta internacional coordenada e imediata.”

O certo é que devido à COVID-19, o mundo vive uma situação de extrema gravidade, situação de conhecimento público e notório, amplamente divulgada nos meios de comunicação.

Frisa-se que o enfrentamento de uma crise de tal magnitude demanda das autoridades competentes uma atuação enérgica e eficaz. Nesse contexto caótico, as Forças Armadas têm a atribuição de prestar serviços essenciais ao Estado brasileiro.

2 FUNDAMENTO LEGAL PARA A UTILIZAÇÃO DAS FORÇAS ARMADAS NO COMBATE AO NOVO CORONAVÍRUS.

Inicialmente, destaca-se que o surto gerado pelo SARS-COV-2 vem gerando problemas sanitários, sociais e econômicos para o Brasil, o que acarretou a decretação de estado de calamidade pública (Decreto Legislativo nº 6/2020).

O enfrentamento de uma crise de tal monta demanda das autoridades competentes readequações normativas. Porém, por mais que a atual situação de calamidade pública demande providências excepcionais, observa-se que em um Estado de Direito não se pode buscar soluções fora do arcabouço delineado na Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Nessa linha de entendimento, entrou em vigor a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 (que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019).

O artigo 3º da lei citada deixa claro que o foco das autoridades públicas é a proteção da saúde da coletividade. Ressalta-se que a saúde é direito de todos e dever do Estado brasileiro, devendo ser garantida por políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença (art. 196 da CF/88).

Nesse ponto, surge a seguinte dúvida: o que fundamenta a atuação das Forças Armadas no combate ao novo coronavírus? Melhor dizendo, a atuação das Forças Armadas no combate ao SARS-COV-2 têm amparo na Carta Magna brasileira?

De pronto, ressalta-se que a atuação das Forças Armadas deve objetivar a subsistência do Estado brasileiro. Logo, pode-se dizer que a existência das Forças Armadas segue a própria sorte do Brasil.

Segundo a CF/88, as Forças Armadas, formadas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (art. 142 da CF/88).

Fica claro que o Brasil dispõe de instituição permanente voltada para a manutenção de seus pilares institucionais básicos, com as seguintes atribuições constitucionais: a) defesa da Pátria; e b) garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Observa-se que o combate ao novo coronavírus pelas Forças Armadas pode ser enquadrado, indiretamente, na atribuição de defesa da Pátria, tendo em vista que a pandemia gerada por este vírus é uma ameaça real aos pilares do Estado brasileiro.

Corroborando com esse posicionamento, a definição de Defesa Nacional exposta na Política Nacional de Defesa, nos seguintes termos:

Defesa Nacional é o conjunto de medidas e ações do Estado, com ênfase no campo militar, para a defesa do território, da soberania e dos interesses nacionais contra ameaças preponderantemente externas, potenciais ou manifestas.

Ademais, cabe às Forças Armadas, de forma subsidiária geral, cooperar com o desenvolvimento nacional e a defesa civil, na forma determinada pelo Presidente da República. É o que se depreende do seguinte dispositivo da Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999:

Art. 16. Cabe às Forças Armadas, como atribuição subsidiária geral, cooperar com o desenvolvimento nacional e a defesa civil, na forma determinada pelo Presidente da República.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, integra as referidas ações de caráter geral a participação em campanhas institucionais de utilidade pública ou de interesse social. (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004) (grifo nosso)

Sublinha-se que o emprego das Forças Armadas é matéria de competência do Presidente da República, por iniciativa própria ou em atendimento a pedido manifestado por quaisquer dos poderes constitucionais, e deve ocorrer por intermédio do Ministro de Estado da Defesa, conforme os seguintes dispositivos da Lei Complementar nº 97, de 1999:

Art. 15. O emprego das Forças Armadas na defesa da Pátria e na garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, e na participação em operações de paz, é de responsabilidade do Presidente da República, que determinará ao Ministro de Estado da Defesa a ativação de órgãos operacionais, observada a seguinte forma de subordinação:

[...]

§ 1º Compete ao Presidente da República a decisão do emprego das Forças Armadas, por iniciativa própria ou em atendimento a pedido manifestado por quaisquer dos poderes constitucionais, por intermédio dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados. (grifo nosso)

Isto é, há fundamento constitucional e infraconstitucional para a utilização das Forças Armadas no combate ao novo coronavírus.

Para ilustrar a atribuição constitucional das Forças Armadas no combate ao SARS-COV-2, destacam-se as seguintes informações retiradas do endereço eletrônico do Ministério da Defesa: repatriação de brasileiros em isolamento ou distanciamento social no exterior; campanhas de doação de sangue e de conscientização na prevenção ao contágio pelo vírus; desinfecção, descontaminação e higienização de locais públicos; apoio para a produção de máscaras de proteção individual; aferições de temperatura de passageiros no desembarque em aeroportos; cadastro de empresas que atuam no setor de Defesa que possam fornecer equipamentos para auxiliar no combate ao vírus, dentre outras medidas.

É ainda com fundamento na Lei Complementar nº 97, de 1999, que as Forças Armadas, em cooperação com outros órgãos federais e com Estados e Municípios, instalam e/ou operam hospitais de campanha (de acordo com o site do Ministério da Defesa, as Forças Armadas estão auxiliando na montagem de hospitais de campanha nos estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Pernambuco, Roraima, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso Sul e Goiás).

3 CONCLUSÃO

O enfrentamento de uma crise de tal magnitude demanda das autoridades competentes uma atuação enérgica e eficaz.

Nesse contexto caótico, as Forças Armadas têm a atribuição de prestar serviços essenciais ao Estado brasileiro, nos limites legais permitidos, como forma de manutenção da saúde da coletividade e, por fim, dos pilares formadores da nossa República.

4 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 04/06/2020.

BRASIL. Lei Complementar 97, de 9 de junho de 1999. **Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas.** Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp97.htm#:~:text=LEI%20COMPLEMENTAR%20N%C2%BA%2097%2C%20DE%209%20DE%20JUNHO%20DE%201999&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20normas%20gerais,o%20emprego%20da%20For%C3%A7as%20Armadas.>. Acesso em 04/06/2020.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019..** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm>. Acesso em 04/06/2020.

BRASIL. Ministério da Defesa. **Política Nacional de Defesa. Estratégia Nacional de Defesa.** Disponível em: < https://www.defesa.gov.br/arquivos/estado_e_defesa/END-PND_Optimized.pdf >. Acesso em 04/06/2020.

Folha informativa COVID-19. OPAS. Disponível em: < https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875>. Acesso em: 04/06/2020.

Operação COVID-19. Disponível em: < <https://operacaocovid19.defesa.gov.br/index.php>>. Acesso em 04/06/2020.

PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL: ASPECTOS TEÓRICOS E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

JAMILE CRUZES MOYSÉS SIMÃO:

Mestranda em Direito Constitucional pela PUC/SP.
Bacharel em Direito pelo UniCEUB. Bacharel e
Licenciada em Ciências Sociais pela UnB.
Advogada sócia do escritório Warde Advogados.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo investigar a relevância do princípio da proibição do retrocesso social no ordenamento jurídico brasileiro. A reflexão proposta aborda seus parâmetros teóricos, conceito e aplicação no direito comparado, bem como sua previsão constitucional implícita e aplicação no direito pátrio, diante de um cenário de severo controle fiscal e redução normativa da rede protetiva dos direitos sociais, abordando, nesse ponto, as diferentes posições dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Palavras-chave: Princípio. Proibição. Retrocesso social. Progressividade. Proteção.

ABSTRACT: This article aims to investigate the relevance of the prohibition of social retrocess principle in the Brazilian legal system. The study addresses the theoretical parameters, concept and application in comparative law, as well as its implicit constitutional prediction and application in the country's law, face of a scenario of strict fiscal control and normative reduction of the protective social rights, dealing, in this regard, about the different positions of the Executive, Legislative and Judicial branches.

Keywords: Principle. Prohibition. Social retrocess. Progressivity. Protection.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Parâmetros teóricos do princípio da proibição do retrocesso social – 2. A proibição do retrocesso social no Brasil – 2.1. Perspectivas dos direitos sociais no Estado neoliberal – 2.2. Declínio da proteção social na atualidade: da EC nº 95/2016 à PEC nº 188/2019 – 3. O papel do Judiciário na vedação ao retrocesso dos direitos sociais: a garantia do mínimo existencial *versus* a reserva do possível – Conclusão – Referências bibliográficas.

Introdução

Denomina-se “efeito *cliquet*”, termo agregado ao mundo jurídico pelo Conselho Constitucional francês, o ato de um alpinista, a partir de certo ponto da escalada, não mais poder retroceder, devendo continuar a avançar em seu percurso (LEITE, 2009). É nessa impossibilidade de retorno que o princípio da proibição do retrocesso encontra respaldo: alcançado determinado nível de garantia dos direitos

fundamentais, não é possível pura e simplesmente revogá-lo, sob pena de invalidação dos elementos mais essenciais à concretização da dignidade humana.

A vedação ao retrocesso, embora não explícita na Constituição Federal de 1988 (CF/88), consiste, pois, na impossibilidade de o legislador infraconstitucional reprimir quaisquer dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados, devendo sempre buscar o progresso de sua salvaguarda, bem como de se renunciar à proteção estatal de um direito humano mínimo.

Partindo-se dessa premissa, a manutenção dos direitos sociais conquistados no Brasil – tais como o direito à saúde, o direito à educação, o direito à moradia, dentre outros – é uma das grandes adversidades encontradas pelo Estado, na medida em que, nos últimos anos, a instabilidade política e econômica enfrentada atingiu níveis gritantes.

Em que pese a CF/88 ter consagrado os direitos sociais como garantias humanas fundamentais, é comum que seus instrumentos de efetivação sejam positivados pelo legislador constituinte derivado ou infraconstitucional. Essa circunstância, todavia, a depender de equivocadas políticas de governo (e não corretamente de políticas de Estado), não raras vezes acaba por facilitar a redução, supressão ou esvaziamento do conteúdo essencial desses direitos.

Muito embora o nosso ordenamento permita a ponderação entre direitos fundamentais quando esses venham a colidir, autorizando, ainda, eventual redução de um em proveito de outro, deve-se cuidar para que tais circunstâncias sejam minimizadas, preservando-se o núcleo essencial e, conseqüentemente, o mínimo existencial dos direitos fundamentais.

À vista disso, o desenvolvimento de políticas compensatórias é medida estritamente necessária ao se deparar com situações de colisão ou de redução de parte de um direito fundamental.

O objetivo desse artigo é, assim, discorrer sobre os aspectos centrais do princípio da proibição do retrocesso social, sua aplicação no direito comparado, a configuração jurídico-normativa atribuída pelo sistema constitucional pátrio, com a análise de precedentes. Como se verá, ao contrário de Portugal e da Alemanha, sua aplicação é relativamente recente no Brasil, o que torna o referido primado ainda incipiente em nosso panorama.

1. Parâmetros teóricos do princípio da proibição do retrocesso social

O princípio da vedação ao retrocesso encontra pilares teóricos consolidados em países como Portugal e Alemanha,[1] cuja tradição jurídica é reconhecida doutrinária e jurisprudencialmente acerca de sua materialização e delimitação, influenciando significativamente as bases do nosso direito constitucional.

Na concepção portuguesa, entende-se que a proibição ao retrocesso social deve permear a atividade estatal e, uma vez positivados os direitos fundamentais sociais e econômicos, não é autorizado ao legislador infraconstitucional revogá-los. Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho:

(...) os direitos sociais apresentam uma dimensão subjetiva, decorrente da sua consagração como verdadeiros direitos fundamentais e da radicação subjetiva das prestações, instituições e garantias necessárias à concretização dos direitos reconhecidos na Constituição, isto é, dos chamados direitos derivados a prestações, justificando a sindicabilidade judicial da manutenção de seu nível de realização, restando qualquer tentativa de retrocesso social. Assumem, pois, a condição de verdadeiros direitos de defesa contra as medidas de natureza retrocessiva, cujo objetivo seria a sua destruição ou redução (CANOTILHO, 2001, p. 368).

Na perspectiva de Canotilho, ao ser implementado por lei ordinária, o direito fundamental passa a vigorar como direito público subjetivo do cidadão. Por meio da criação de políticas que visam a assegurar os direitos mais basilares do homem – como educação, moradia, seguridade social, dentre outros –, estes se agregam ao seu patrimônio social (CANOTILHO, 2001, p. 369).

Ao serem incorporados, esses direitos não podem ser extintos totalmente. Do contrário, estar-se-ia anulando o seu núcleo essencial e violando uma série de princípios constituintes do Estado Democrático de Direito, tais como a segurança jurídica, a dignidade da pessoa humana e a proteção da confiança do cidadão.

Entendimento semelhante compartilha Jorge Miranda, constatando que os direitos fundamentais – aí incluídos os sociais, culturais, econômicos, ambientais[2] e outros – requerem normas legitimadoras para que atinjam o seu propósito. Conclui que:

(...) não é possível eliminar, pura e simplesmente, as normas legais e concretizadoras, suprimindo os direitos derivados a prestações, porque eliminá-las significaria retirar eficácia jurídica às correspondentes normas constitucionais. Nisto

consiste a regra do não retorno da concretização ou do não retrocesso social, fundada também no princípio da confiança inerente ao Estado de Direito (MIRANDA, 2000, p. 397).

Assim, na acepção portuguesa, é defeso ao legislador se desobrigar de atender a disposições constitucionalmente asseguradas, mesmo que goze de relativa liberdade de conformação, através da revogação de leis ou regulamentos normativos constantes do ordenamento jurídico, sob pena de inconstitucionalidade do ato.

Em relação à Alemanha, Ingo Wolfgang Sarlet discorre que, embora a Lei Fundamental alemã não proíba expressamente o retrocesso no âmbito da seguridade social, a proteção de institutos, como direito adquirido e direito à propriedade, jamais deixou de ser garantida pelo *Bundesverfassungsgericht* (SARLET, 1999).

Destaque-se que o país germânico não contemplou os direitos fundamentais sociais como regra geral e consagrou em sua Constituição tão somente o princípio do Estado Social e Democrático de Direito. Apenas a partir desse texto constitucional é que a legislação específica para a seguridade social foi pensada.

Vê-se, nesse contexto, que o conceito de proibição ao retrocesso está intimamente ligado ao direito fundamental da propriedade. A proteção a esse direito tem o condão de proporcionar segurança à esfera privada, já que, para os alemães, atribui-se ao titular de direitos sociais posição jurídica semelhante à da propriedade privada. A supressão do direito prestacional adquirido de forma subjetiva acarreta, pois, colisão frontal com o Estado de Direito.

Segundo Sarlet, a proteção das posições jurídicas sociais pela garantia fundamental da propriedade revela que:

(...) para além de uma abolição pura e simples, sem compensação, de sistemas prestacionais legais, a qual se encontra absolutamente vedada, também medidas de cunho restritivo somente podem ser toleradas até certo ponto, pena de eventual ofensa aos postulados básicos inerentes ao princípio do Estado Social de Direito e aos direitos fundamentais. Neste sentido, constatou-se que, no âmbito do direito germânico é possível sustentar a existência de uma proteção constitucional dos direitos sociais previstos na legislação infraconstitucional, proteção cujo alcance não pode ser estabelecido previamente de forma genérica e abstrata. Isto porque esta proteção depende, por um lado, de uma cautelosa

e criteriosa ponderação das circunstâncias concretas, devendo, de outra parte, levar em consideração o abismo inevitável entre a realidade fática e a dimensão normativa (SARLET, 1999, p. 126-127).

As concepções portuguesa e alemã possuem um fio de identidade: a vedação ao retrocesso resguarda a existência do homem, mediante a consolidação da proteção social, considerando que o direito à propriedade também abrange as condições essenciais à manutenção de uma vida autônoma e digna.

José Afonso da Silva preceitua que os direitos sociais teriam, em regra, eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas aqueles que mencionam uma lei integradora são normas de eficácia limitada, conteúdo programático e aplicabilidade indireta, encontrando no não retrocesso a garantia de sua concretização (SILVA, 2007, p. 319 e SILVA, 2001, p. 184).

A referida classificação teve relevante importância doutrinária. Não necessariamente os direitos sociais são totalmente dependentes de *interpositio legislatoris* para a sua efetividade. Entretanto, uma vez implementada a legislação para melhor efetivação de direitos sociais, a vedação ao retrocesso deve ser observada.

Muito embora não esteja expressamente previsto na Constituição da República, a doutrina reconhece esse primado como implícito no texto constitucional, como decorrência natural da positivação dos direitos sociais. A esse respeito, Lenio Streck leciona que:

Neste ponto adquire fundamental importância a cláusula implícita de proibição de retrocesso social, que deve servir de piso hermenêutico para novas conquistas. Mais e além de todos os limites materiais, implícitos ou explícitos, esse princípio deve regular qualquer processo de reforma da constituição. Nenhuma emenda constitucional, por mais que formalmente lícita, pode ocasionar retrocesso social. Essa cláusula paira sobre o Estado Democrático de Direito como garantidora de conquistas. Ou seja, a Constituição, além de apontar para o futuro, assegura as conquistas já estabelecidas. Por ser um princípio, tem aplicação na totalidade do processo aplicativo do Direito (STRECK, 2004, p. 706).

A proibição do retrocesso visa a assegurar que as conquistas alcançadas no decurso do tempo e da evolução social sejam perdidas. Contudo, esse princípio não

pode ser confundido com a impossibilidade de modificações nos direitos fundamentais. Eventuais alterações podem ser necessárias na medida das transformações de nossa sociedade complexa. O que deve sempre ser resguardado é o núcleo essencial desses direitos, afastando-se qualquer ameaça ao avanço já atingido na ordem social e legal.

De acordo com Sarlet, a identidade do Estado Democrático de Direito brasileiro encontra-se nos direitos sociais, os quais devem ser preservados através desse importante princípio, ante a afronta das arbitrariedades parlamentares:

A garantia de intangibilidade desse núcleo ou conteúdo essencial de matérias (nominadas de cláusulas pétreas), além de assegurar a identidade do Estado brasileiro e a prevalência dos princípios que fundamentam o regime democrático, especialmente o referido princípio da dignidade da pessoa humana, resguarda também a Carta Constitucional dos 'casuísmos da política e do absolutismo das maiorias parlamentares (SARLET, 2001, p. 354).

Nesse sentido, ao fundar na CF/88 o amparo aos direitos fundamentais do homem, o constituinte originário decreta a obrigação de atendimento às medidas necessárias para a sua consumação. Não obstante, deve haver minimamente a convicção de que esses direitos não serão cerceados por ausência de proteção normativa pertinente.

À luz da vedação ao retrocesso, Daniel Sarmento ensina que a lei deve gerar efeitos *pro futuro*, visto que causa relevante impacto na vida do jurisdicionado:

Assim, é amplamente aceita a ideia (sic) de que as leis devem dispor para o futuro, já que o efeito retrooperante das normas gera incerteza e instabilidade, prejudicando a capacidade das pessoas de planejarem e organizarem suas vidas, de acordo com o direito em vigor. Neste sentido, é possível fundar o princípio da irretroatividade das leis na própria ideia (sic) de Estado de Direito, que exige a proteção da confiança e da segurança jurídica dos seus cidadãos (SARMENTO, 2008, p. 13).

Após mais de 30 anos da CF/88, o princípio da proibição do retrocesso é um instrumento de defesa dos direitos fundamentais contra eventuais abusos dos Poderes Legislativo e Executivo. Em suma, figura como escudo ao núcleo essencial dos direitos sociais do homem, impedindo que o Estado Democrático de Direito

retroceda e velando para que as propostas de bem-estar e justiça social sejam materializadas.

Entretanto, não se pode interpretar o texto constitucional de forma alheia à realidade social, econômica e política.

2. A proibição do retrocesso social no Brasil

2.1. Perspectivas dos direitos sociais no Estado neoliberal

O Brasil consagrou politicamente os direitos sociais a partir da Constituição de 1934, cuja previsão normativa passou a garantir o bem-estar social e econômico, além de incluir a educação e a cultura como direitos a serem tutelados, alocando-os historicamente nas Constituições seguintes.

Porém, o leque de direitos sociais salvaguardados pela CF/88, por sua completude, era inédito no Brasil, compreendendo política agrícola e fundiária e reforma agrária (arts. 184 a 191), saúde, (196 a 200), previdência social (arts. 201 e 202), assistência social (arts. 203 e 204), educação (arts. 205 a 214), cultura (arts. 215 e 216-A), esporte (art. 217), meio ambiente (art. 225) e direitos da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso (art. 226 a 230).

A diversidade desses direitos nasce do turbulento contexto histórico que precedeu a sua promulgação e é um marco na conquista política de valorização do cidadão e do trabalho, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.[3]

Com isso, a cronologia constitucional brasileira reflete a tendência internacional de positivação dos direitos sociais, enquadrados na segunda dimensão dos direitos fundamentais, em que verificamos a transição entre o Estado liberal tendente a assegurar a liberdade individual para o Estado Social caracterizado pelo intervencionismo estatal, conforme Norberto Bobbio:

As primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre — com relação aos poderes constituídos, apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie (BOBBIO, 2004, p. 9).

É de fácil constatação a circunstância de a CF/88 ter absorvido uma série de direitos sociais não considerados nas Constituições anteriores, a exemplo de Portugal (1976) e Espanha (1978), sendo assim considerada uma Constituição analítica, pretensa a regulamentar o máximo de relações socioeconômicas, desconfiada do legislador (VIEIRA, 2008, p. 443), em um processo de conformação e transformação da política em direito (BARROSO, 2009, p. 4), que fez emergir uma série de direitos de caráter social.

O processo de crescente assimilação constitucional dos direitos sociais revela o caráter evolutivo da proteção social em um país cujo histórico de pobreza e desigualdade social é alarmante, havendo a CF/88 consignado seus objetivos fundamentais em seu artigo 3º.[4]

Além de tais objetivos fundamentais, deve ser ressaltada a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inc. II), que evidencia a contemplação, pela sistemática constitucional, de uma rede protetiva dos direitos fundamentais, em uma lógica orgânico-material que não admite outra possibilidade senão a gradação positiva dos direitos sociais.

A ordem agregada pela CF/88 de não regressão dos direitos sociais materializa o princípio da proibição do retrocesso social como um princípio constitucional implícito (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 143), garantido constitucionalmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana, máxima eficiência e eficácia de normas regulamentadoras dos direitos fundamentais e segurança jurídica com seus consectários (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada).

No entanto, o Estado Social da CF/88 viveu uma crise decorrente do seu crescimento pelas múltiplas funções assumidas, fundada na ineficiência desse sistema centralizador e no crescente déficit público. Tanto que, em 1995, iniciou-se o plano de Reforma da Gestão Pública do então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser-Pereira, no governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), que originou a Emenda Constitucional (EC) nº 19/1998, acrescentando a eficiência como um dos princípios da Administração Pública e adotando instrumentos para a implementação de um modelo de gestão gerencial.

Nessa conjuntura, o Brasil adotou o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de 1995[5], com finalidade de reduzir o déficit público e redefinir a atuação estatal nas áreas econômicas e sociais, mediante a adoção de instrumentos de política social, proporcionando maior abrangência e promovendo melhor qualidade para os serviços sociais.

O plano estava aliado ao ideário de reforma econômica viabilizadora da concorrência internacional no cenário de globalização, que determinou paradoxalmente a diminuição do Estado com repercussão direta na redução de atuação no campo social. Nesse sentido, Fábio Ulhôa Coelho:

“O economista liberal diria, portanto, que o Estado está reduzindo porque, caso não o fizesse, as empresas brasileiras iriam encarar a competição com as empresas internacionais, que vivem num cenário liberal. Num mundo globalizado, estas empresas são as nossas concorrentes. Se o empresário brasileiro deve pagar mais contribuições sociais para a Previdência, ele não pode praticar preço competitivo com os dos seus concorrentes globais. A globalização força a reliberalização do Estado, na visão dos teóricos liberais.

De uma forma ou de outra, optando pela análise marxista ou pela análise liberal, o fato é que o Estado está se livrando de um ônus que, durante o século XX, chamou para si, que é o da manutenção de algumas comodidades para todos os cidadãos: a Educação, a Saúde, a Previdência Social etc.” (COELHO, 2000, p. 193).

O modelo neoliberal alcançou uma relativa estabilização monetária, estabeleceu uma política de responsabilidade fiscal na Lei Complementar nº 101/2000 e conteve a inflação desenfreada anual de quatro dígitos percentuais, todavia com baixos níveis de qualidade no campo social.

Segundo a Síntese de Indicadores Sociais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE) relativo ao ano de 2019[6], 52 milhões de brasileiros estavam abaixo da linha internacional da pobreza do Banco Mundial em 2018 – ou seja, esse total de brasileiros vive com menos de US\$ 5,50 por dia, o que equivale a renda mensal per capita de cerca R\$ 420,00 mensais, além da precarização de direitos sociais mínimos, como moradia, acesso a serviços de saneamento básico, educação e proteção social (saúde e seguridade).

O princípio da proibição ao retrocesso social adquire contornos determinantes nessa conjuntura socioeconômica, pois, nada obstante o enorme desafio no campo social de um país marcado pela extrema pobreza e desigualdade social – realidade devidamente assimilada pela CF/88, que previu um complexo de prestações estatais positivas tendentes a equacionar esse perverso estado de coisas –, há atualmente uma política que tende a relativizar as garantias constitucionais sociais, postura que

deve ser cotejada à luz do mencionado princípio que determina a progressividade da rede de proteção social.

2.2. Declínio da proteção social na atualidade: da EC nº 95/2016 à PEC nº 188/2019

A fim de exemplificar as modernas políticas restritivas, principalmente de caráter orçamentário, percebidas no contexto brasileiro atual, as quais trazem consequências imediatas aos direitos sociais, cita-se a EC nº 95/2016, que, alterando o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), inaugurou o “Novo Regime Fiscal”, cuja vigência teve início em 2017 e acabará somente em 2036 – durante 20 exercícios financeiros, portanto.

Nesse período, as despesas primárias (aquelas que não demandam pagamento de juros) não poderão ultrapassar limites individualizados predefinidos (art. 107, *caput* da EC nº 95/2016), que equivalerão: a) para 2017, à despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário, corrigida em 7,2% (art. 107, § 1º, inc. I); e b) nos exercícios posteriores, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), publicado pelo IBGE, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária (art. 107, § 1º, inc. II).

Essa sistemática suspende o aparato protecionista incorporado pela CF/88, na medida em que restringe os gastos voltados às políticas públicas sociais, principalmente no que diz respeito à saúde e à educação, que até então se vinculavam à receita originada do desenvolvimento econômico. Em outras palavras, a EC nº 95/2016 promove descontos no orçamento previsto para a proteção social e compromete a garantia do mínimo existencial constitucionalmente estabelecido.

Um ano após a vigência da EC nº 95/2016, o Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC), em parceria com a Oxfam Brasil e Centro para os Direitos Econômicos e Sociais (CESR), realizou estudo denominado “Direitos Humanos em Tempos de Austeridade”[7], no qual foi demonstrado que a alteração constitucional impactou em redução no orçamento federal de 2017 referente às dotações em saúde e educação na ordem de, respectivamente, 17% e 19%.

A propósito, foram propostas várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) contra a EC nº 95/2016, chamando a atenção a ADI nº 5680, cujo fundamento de inconstitucionalidade é justamente a sua incompatibilidade com normas internacionais de direitos humanos que o Brasil reconheceu como vinculantes, a

exemplo da Carta das Nações Unidas de 1945 e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966, os quais preveem obrigações estatais positivas para assegurar a progressiva proteção aos direitos sociais.

A EC nº 95/2016 não é, todavia, exclusividade na involução das conquistas sociais. Decorridos três anos de sua vigência, adveio a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 188/2019, que pretende desobrigar e desvincular as receitas destinadas às áreas da saúde e educação (respectivamente, 12% e 25%)[8], de modo a reduzir ainda mais a proteção estatal em relação a tais direitos. Até a data de elaboração deste artigo, a referida PEC não foi liberada para a apreciação das Casas do Congresso Nacional.

As medidas acima mencionadas demonstram que a obrigação constitucional de progressividade dos direitos sociais não tem sido observada pelo Estado brasileiro, materializado pelo Executivo e chancelado pelo Legislativo, sob o fundamento de políticas fiscais de austeridade baseadas no déficit público – que, ressalve-se, não pode ignorado, mas deve ser objeto de ampla discussão e consenso social, considerando as consequências de curto, médio e longo prazo.

Logo, o Estado brasileiro não só se comprometeu com os organismos internacionais em manter uma rede progressiva de proteção dos direitos sociais, como também o fez no plano interno, com a previsão de direitos fundamentais na CF/88, de forma a converter a prestação estatal em uma pretensão jurídica passível de ser exigida judicialmente.

Nesse sentido, as alterações implementadas pela EC nº 95/2016, que atribuiu à classe mais necessitada da atuação estatal a responsabilidade por arcar com as consequências de uma medida fiscal que tem duração de 20 anos, bem como as mudanças propostas pela PEC nº 188/2019 (ou PEC do Pacto Federativo), acarretarão no crescimento do ajuizamento de ações judiciais como meio de se efetivar as exigências sociais e garantir o mínimo existencial.

3. O papel do Judiciário na vedação ao retrocesso dos direitos sociais: a garantia do mínimo existencial *versus* a reserva do possível

Diante dos desafios impostos pela pobreza e marginalização nacional e a crescente judicialização das demandas sociais provenientes dessa realidade, que visam a implementar o mínimo existencial assegurado pela CF/88, o Judiciário exerce papel de relevo no atual contexto político.

Notadamente, sua posição frente a questões relacionadas às políticas públicas é essencial, considerando a conduta estante dos demais poderes, em especial do Executivo, de não observância do princípio que determina a progressividade da regulação e implementação dos direitos sociais, que decorre diretamente da obrigação assumida pelo Brasil no plano internacional e da rede protetiva dos interesses sociais assegurados na CF/88.

O papel institucional clássico do Poder Judiciário foi idealizado durante o contexto histórico do liberalismo para assegurar a observância da liberdade individual frente ao arbítrio estatal na clássica teoria da separação dos poderes (MONTESQUIEU, 2002), sendo as Constituições norte-americana (1776) e francesa (1791) consideradas verdadeiras aplicações da teoria (BOBBIO, 2000, p. 10).

Com o advento do Estado Social mediante a absorção estatal de uma série de obrigações positivas, no contexto de surgimento da segunda dimensão dos direitos fundamentais de caráter socioeconômico (BOBBIO, 2004, p. 10), verificamos uma alteração da postura estatal marcadamente absenteísta no período liberal para uma atuação ativa, tendente a assegurar não somente as liberdades individuais, mas especialmente os direitos sociais.

É nesse ambiente de ampliação da atuação do Executivo que ocorre o aumento do poder de controle do Judiciário, alicerçado juridicamente no fenômeno da constitucionalização das questões antes relegadas à legislação ordinária, transformando, assim, política em direito e judicializando diferentes pretensões sociais (BARROSO, 2009, p. 4).

Os direitos sociais assegurados pela CF/88 apresentam um núcleo, chamado de mínimo existencial, necessário para a concretização dos objetivos fundamentais do Estado expressos em seu artigo 3º, que atua como mecanismo assecuratório do princípio da proibição do retrocesso social, pois fundado na lógica de que: “a dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados” (TORRES, 1989, p. 30).

O mínimo existencial constitui um instrumento para materialização do princípio da proibição do retrocesso social e justifica a intervenção judicial nas políticas públicas na hipótese de omissão do Estado ou em questões atinentes à sua implementação, sendo que a justificativa estatal de falta de recursos, consagrada sobre a tese da reserva do possível, não é por si só suficiente para viabilizar o não cumprimento da obrigação constitucional, considerando que o Estado deve

comprovar a falta de recursos e de previsão orçamentária para justificar sua omissão na implementação dos direitos sociais.

O Supremo Tribunal Federal (STF) analisou o princípio da proibição do retrocesso social pela primeira vez em 2004, por ocasião do julgamento da ADI nº 3105, onde o Ministro Celso de Mello analisou a viabilidade da incidência da contribuição previdenciária dos servidores inativos, fixando o entendimento de que “a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos”.

Posteriormente, em 2011, no julgamento ARE nº 693337/SP, o STF fixou a obrigação do Município de prestar os serviços de educação com a matrícula de crianças em creches ou pré-escolas, com fundamento no princípio da proibição do retrocesso social, conforme trecho do voto do Ministro Celso de Mello abaixo transcrito:

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência (sic) desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.

Em 2013, foi julgado o RE 763667/CE, havendo o STF afastado a alegação estatal de restrição orçamentária para assistência jurídica a pessoas necessitadas, em

Município não assistido pela Defensoria Pública, sob o entendimento de que a fórmula da reserva do possível não poderia afastar a prestação constitucional, com fundamento da proibição de retrocesso social e proteção do mínimo existencial.

No tocante ao direito à saúde, o STF manteve posição coerente com os julgados citados quando do julgamento do ARE 727864/PR, ocorrido em 2014, para assegurar o mínimo existencial e a progressividade dos direitos sociais, afastando a alegação da reserva do possível sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial, em controvérsia envolvendo a responsabilidade de custeio pelo Estado de serviços hospitalares prestados por instituições privadas em casos emergenciais de pacientes atendidos pelo SAMU quando não houver leitos na rede pública.

Da análise desses julgados, verifica-se que o STF estabelece a primazia do princípio da proibição do retrocesso social, com base na garantia do mínimo existencial, priorizando o valor da dignidade humana (art. 1º, III da CF/88) e os objetivos fundamentais do Estado (art. 3º da CF/88), mitigando as alegações relacionadas à insuficiência de recursos em situações onde os direitos sociais são violados no seu núcleo sensível, no mínimo existencial.

No atual contexto político brasileiro, a posição do Judiciário contrasta com a adotada pelo Executivo e pelo Legislativo no que se refere à consagração da proibição do retrocesso social como princípio implícito (SARLET, 2011, p. 143), garantido constitucionalmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Percebe-se, assim, que o Judiciário, como instituição comprometida com a observância da obrigação constitucional de progressividade dos direitos sociais, assume papel determinante na atual conjuntura política, por meio de uma atuação contramajoritária e disposta a cindir a perversa lógica de abstenção estatal em políticas sociais.

Conclusão

À vista de tudo o que foi abordado neste artigo, conclui-se que o princípio da proibição do retrocesso visa a assegurar as conquistas históricas da sociedade e do direito, especialmente na esfera social.

Em que pese não estar explícito no texto constitucional, trata-se de um princípio que assegura o núcleo dos direitos sociais e o mínimo existencial, consistindo em verdadeiro instrumento de defesa dos direitos fundamentais, impedindo que o Estado Democrático de Direito retroceda e velando para que as propostas de bem-estar e justiça social sejam concretizadas.

O dever de manter uma rede progressiva de proteção dos direitos sociais decorre não só do compromisso assumido pelo Estado brasileiro no âmbito externo, como também da ampliação das garantias fundamentais através da CF/88, cujo mérito foi transformar as prestações estatais em pretensões jurídicas exigíveis do ente público, inclusive no âmbito judicial.

Referido princípio adquire grande importância no moderno cenário político, onde a lógica de progressividade dos direitos não tem sido observada pelo Estado brasileiro, corporificado pelo Poder Executivo com a chancela do Poder Legislativo, como se depreende da experiência da EC nº 95/2016, responsável pelo “Novo Regime Fiscal”, que vigorará até 2036 e que logo no seu primeiro ano de vigência propiciou a redução de 17 e 19% das dotações destinadas à saúde e à educação, respectivamente.

Assim, no atual contexto, verificamos que o Poder Judiciário tende a consagrar a proibição do retrocesso social como princípio implícito na Constituição Federal, adotando posição contramajoritária direcionada à proteção do mínimo existencial e à progressividade dos direitos sociais e afastando a alegação da reserva do possível quando esta puder comprometer o núcleo básico dos direitos fundamentais.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Direito do Estado*, Salvador, ano 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar 2009.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Brasília: Editora UnB, 2000. 10ª ed.

_____. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ***Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas***. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. Reforma do Estado e Direito Concorrencial. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, Malheiros, 2000.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. *Do efeito cliquet ou princípio da vedação de retrocesso*.

Revista Jus Vigilantibus, 2009. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/39752>. Acesso em 19 mai. 2020.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. vol. IV, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MONTESQUIEU, Barão de. *O espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Coimbra: Coimbra, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. In *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, v.17, 1999.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental. In: Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. *O princípio da proibição do retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, p. 121-126, 2011.

_____; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ecológico*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. In *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, dezembro/janeiro/fevereiro, 2008.

SILVA, José Afonso da. ***Aplicabilidade das normas constitucionais***. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 4, p. 441-464, jul-dez, 2008.

NOTAS:

[1] A proibição do retrocesso tem origem na década de 1970, época em que a Alemanha passou por graves dificuldades econômicas em razão da superdimensão do Estado Social, provocando debates acirrados sobre a possibilidade de supressão ou diminuição dos direitos sociais garantidos aos cidadãos (NOVAIS, 2010, p. 240).

[2] A proibição de retrocesso ambiental (ou socioambiental) configura-se como um princípio constitucional implícito (igual ao princípio da proibição de retrocesso social). Como fundamento, destaque-se o *status* de cláusula pétrea (art. 60, § 4º) atribuído ao direito fundamental ao meio ambiente (art. 225 da CF). O seu conceito está relacionado à ideia de limitação da discricionariedade do legislador (e também do Poder Executivo), que não pode “recuar” em relação ao patamar jurídico de proteção ecológica já consolidado no ordenamento jurídico. Na jurisprudência do STJ, por exemplo, reconheceu-se a existência de “direitos ambientais adquiridos” (AREsp n. 1.319.376/SP), reforçando tal entendimento. O princípio da progressividade, por sua vez, opera em consonância com a proibição de retrocesso ao estabelecer do dever (também voltado ao legislador e ao Poder Executivo) de aprimoramento e fortalecimento progressivo do patamar jurídico de proteção ecológica. Também encontra correspondência no princípio da melhoria (progressiva) da qualidade ambiental (art. 2º, *caput* da Lei 6.938/81 e STJ, REsp 769.753/SC). Ambos os princípios foram consagrados conjuntamente no Acordo de Escazú de 2018 (art. 3º, *c*), muito embora o seu conteúdo já poderia antes disso identificado no Protocolo de San Salvador de 1988 (arts. 1º e 11). Como um novo princípio do direito ambiental, deve “ser invocado na avaliação da legitimidade de iniciativas legislativas destinadas a reduzir o patamar de tutela geral do meio ambiente, mormente naquilo que afete em particular: a) processos ecológicos essenciais, b) ecossistemas frágeis ou à beira de colapso, c) espécies ameaçadas de extinção”. Tanto o STJ (REsp 302.906/SP), quanto o STF (ADI 5.447/DF- Caso do Defeso; ADI 4.903 – Novo Código Florestal; e ADI 4.717/DF – Redução de UC por MP) reconheceram tanto o princípio da proibição de retrocesso quanto o princípio da progressividade em matéria ambiental (SARLET; FENSTERSEIFER, 2019, p. 384-457).

[3] A lógica de gradação sistemática dos direitos sociais no direito pátrio deve ser contextualizada com as convenções internacionais sobre direitos humanos, notadamente o artigo 2º, § 1º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e o artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que preveem obrigações estatais positivas para assegurar a progressiva proteção aos direitos sociais (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 143).

[4] CF/88, art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[5] Vide Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2019.

[6] Vide Síntese de Indicadores Sociais – Uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9221-sintese-de-indicadores-sociais.html?edicao=25875&t=sobre>>. Acesso em: 6 nov. 2019.

[7] Vide Monitoramento dos Direitos Humanos em Tempos de Austeridade no Brasil, 2018. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/noticias/biblioteca/publicacoes/monitoramento-dos-direitos-humanos-em-tempos-de-austeridade-no-brasil/view>>. Acesso em: 29 nov. 2019.

[8] Vide Proposta de Emenda Constitucional nº 188, de 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139704>. Acesso em: 9 nov 2019.

A REALIDADE E OS DESAFIOS PARA A INSERÇÃO DE TRANSGÊNEROS, TRANSEXUAIS E TRAVESTIS NO MERCADO DE TRABALHO

VANESSA ANDRIANI MARIA:

Advogada, pós-graduanda em Advocacia Cível e Direito do Trabalho. Membro da Comissão de Direitos Humanos e do Grupo de Violência de Gênero da OAB Santa Maria-RS.

Resumo: Embora o mercado de trabalho tenha sofrido mudanças com o passar dos anos, e por mais que existam leis trabalhistas que protejam o trabalhador, os travestis, transexuais e transgêneros encaram muitas dificuldades, tanto para entrar no mercado de trabalho formal quanto para manter-se nele, e grande parcela de culpa se deve ao preconceito e intolerância enraizada frente à sociedade. Apesar da criação de políticas voltadas à inclusão de minorias, é comum atualmente, a dificuldade de inserção destas pessoas profissionalmente, bem como a permanência no emprego. Os métodos utilizados foram o dialético e o observacional. Através da pesquisa bibliográfica e documental, o presente artigo buscou informações pertinentes a estas minorias e incentivar as empresas a incluírem a diversidade de orientação sexual e de gênero na identidade e estratégia da instituição, com a finalidade de promover a diversidade e a responsabilidade social. O estudo evidenciou a existência de preconceito e discriminação com travestis, transexuais e transgêneros no mercado de trabalho, propondo mudanças nas políticas de diversidade das empresas contratantes, já que o problema em questão não se trata apenas de contratar funcionários de diferentes gêneros, mas de criar um ambiente onde essas pessoas se sintam seguras, respeitadas e principalmente incluídas.

Palavras-chave: Mercado de trabalho. Transexual. Travesti. inclusão.

Abstract: Although the labor market has changed over the years, and even though there are labor laws that protect workers, transvestites, transsexuals and transgender people face many difficulties, both to enter the formal labor market and to maintain themselves. if in it, and a great deal of guilt is due to the prejudice and intolerance rooted towards society. Despite the creation of policies aimed at the inclusion of minorities, it is common today, the difficulty of insertion of these people professionally, as well as the permanence in the job. The methods used were dialectic and observational. Through bibliographic and documentary research, this article sought information relevant to these minorities and to encourage companies to include the diversity of sexual and gender orientation in the identity and strategy of the institution, with the purpose of promoting diversity and social responsibility. The study showed the existence of prejudice and discrimination against transvestites, transsexuals and transgender people in the labor market, proposing changes in the

diversity policies of the contracting companies, since the problem in question is not only about hiring employees of different genders, but creating an environment where these people feel safe, respected and mainly included.

Keywords: Labor market. Shemale. Transvestite. inclusion..

Sumário: Introdução. 1. Travestis e Transexuais. 2. Mercado de Trabalho e Gênero. 3. Aspectos relacionados à inclusão das pessoas transexuais e travestis no mercado de trabalho e na sociedade. Conclusão. Referências.

Introdução

Atualmente, discussões compreendendo questões de gênero têm ganhado cada vez mais espaço nos ambientes empregatícios. Este assunto torna-se relevante por evidenciar uma nova prática realizada pelas organizações que não visam somente a diversidade, mas também, a inclusão de gêneros dentro desse espaço. A sociedade e as organizações passaram gradativamente por mudança de valores, crenças e atitudes. Transformações no mundo do trabalho também ocorreram, entretanto de forma segregacionista e excludente, não havendo espaço para todos. Algumas empresas mais atentas às minorias passaram a adotar uma política de inclusão de pessoas trans, que é um tema recente e nem sempre fácil de lidar, podendo suscitar dúvidas e conflitos.

Nessa seara, verifica-se que essa população tem grande dificuldade de acesso ao mercado de trabalho formal. O objetivo do presente artigo consiste em investigar as principais dificuldades enfrentadas por travestis e transexuais quando da inserção dos mesmos no mercado formal de trabalho. A hipótese é que isso ocorra devido a processos discriminatórios e situações de violência presentes, não apenas no trabalho, mas difundidos e normalizados no contexto sociocultural, que atinge todos os setores da sociedade, até as organizações.

A luta dessa parcela da sociedade que não se encaixa no corpo em que nasceu, tem ganhado espaço nas discussões de diversidade sexual e social, além de conseguir, ainda que pequena, uma visibilidade na mídia. Defendemos que se faz necessária uma ampliação na discussão voltada à heterossexualidade e trabalho, de modo a despertar discussões que possam, direta ou indiretamente, contribuir para o reconhecimento das dificuldades enfrentadas por esta população.

A escolha do tema foi identificada como importante para o movimento, na busca pela igualdade de direitos a fim de propor soluções que deixem de prejudicar uma parte da população e sejam favoráveis a todas as partes. Além do objetivo geral, o trabalho pretende também analisar o preparo das empresas para lidar com o não

convencional e ponderar sobre os requisitos de mercado exigidos em termos de capacitação ou em nível de exigência, que não viabiliza a contratação de um transgênero. A metodologia utilizada é o método dialético, que analisa a realidade social, também o método observacional, que analisa o problema social em questão e sobre o qual busca informações. Através da pesquisa bibliográfica e documental, buscamos informar e incentivar as organizações a incluírem a diversidade de orientação sexual e de gênero na identidade e estratégia das empresas. Acreditamos que uma organização realmente responsável é aquela que promove a diversidade humana e a inclui como responsabilidade social.

1. Transgêneros, Travestis e Transexuais

Devido à conjuntura histórica e cultural, não é fácil definir as diferenças entre travestis e transexuais. Importante logo no início deste trabalho definir quem são os sujeitos transexuais e travestis. Travestis são indivíduos do sexo masculino que se vestem de mulher, intergêneros são os popularmente denominados de hermafroditas; transexuais, aquelas que se submeteram à cirurgia de transgenitalização e drag queens, homens que se vestem de mulher, geralmente de forma, caricaturesca para espetáculos (IRIGARAY, 2010).

Os transgêneros são as experiências trans em latu sensu, as quais podem ser separadas em várias categorias. Uma delas é a dos travestis que são as pessoas dotadas de uma identidade de gênero diferente daquela que lhes foi atribuída biologicamente ao nascer. Estas pessoas não possuem um desejo de alterar os seus órgãos sexuais, mas modificam outros aspectos, como as suas vestimentas e maquiagens, e também realizam outros tipos de cirurgia, a exemplo de implantes de silicone. Por fim, ainda inserido na categoria dos transgêneros, estão os transexuais. Eles são compreendidos como indivíduos que não se identificam com o seu sexo e se incomodam ao ponto de almejam a cirurgia de redesignação sexual, também chamada de cirurgia de trans- 6 genitalização. (SEPÚLVEDA, 2019).

As travestis são, nos dizeres de Borba e Ostermann (2008, p. 410), compreendem “indivíduos biologicamente masculinos que, através da utilização de um complexo sistema de *techniques du corps*, moldam seus corpos com características ideologicamente associadas ao feminino”.

Segundo Barbosa (2013), no Brasil as travestis na década de 1940 eram vistas como transformistas, associando o termo travesti à performance artística. Já a categoria travesti, enquanto identidade de gênero, vem sendo utilizada desde a década de 1980. Atualmente, o termo travesti está relacionado à prostituição, à criminalidade e à marginalidade, devido à grande maioria das travestis se

prostituírem. A categoria transexual vem sendo utilizada desde a década de 1980 após a primeira cirurgia de transgenitalização divulgada no Brasil – cirurgia que até então não era legalizada no país.

Por vezes, as pessoas transgêneras e as transexuais são enquadradas na mesma condição. No entanto, existe uma diferença: as pessoas transgêneras são pessoas que não se identificam com o sexo biológico, já os transexuais além de não se identificarem com o sexo biológico, passam por uma cirurgia de redesignação sexual, a cirurgia é feita para adequar o gênero ao sexo biológico.

Contudo, ainda assim, não há consenso sobre a utilização dos termos transgêneros e transexuais. Salienta-se que independentemente da cirurgia de redesignação sexual e tratamento hormonais, as pessoas trans devem ter seus direitos garantidos e respeitados.

Costuma-se simplificar a situação dizendo que a pessoa nasceu com a “cabeça de mulher em um corpo masculino” (ou vice-versa). Por isso, muitas e muitos transexuais necessitam de acompanhamento de saúde para a realização de modificações corporais por meio de terapias hormonais e intervenções cirúrgicas, com o intuito de adequar o físico à identidade de gênero. É importante ressaltar, porém, que não é obrigatório e nem todas as transexuais desejam se submeter a procedimentos médicos, sobretudo àqueles de natureza invasiva ou mutiladora, não havendo nenhum tipo de condição específica ou forma corporal exigida para o reconhecimento jurídico da identidade transexual.

Cada pessoa transexual age de acordo com o que reconhece como próprio de seu gênero: mulheres transexuais adotam nome, aparência e comportamentos femininos, querem e precisam ser tratadas como quaisquer outras mulheres. Homens transexuais adotam nome, aparência e comportamentos masculinos, querem e precisam ser tratados como quaisquer outros homens. Para a pessoa transexual, é imprescindível viver integralmente, exteriormente, como ela é por dentro, seja na aceitação social e profissional do nome pelo qual ela se identifica ou no uso do banheiro correspondente à sua identidade de gênero, entre outros aspectos. (JESUS, 2012)

Por mais que seja assegurado formalmente o direito ao nome civil no artigo 16 do Código Civil Brasileiro, o que acontece é que a prática não condiz com a letra de lei. Sendo assim, na maioria dos casos, observa-se que o grupo dos transgêneros acaba por recorrer ao reconhecimento de um nome social, não obstante o nome civil continue inalterado. (SEPÚLVEDA, 2019).

Comumente, classificam-se os transexuais como pessoas que possuem a esperança de modificar as características físicas do sexo (JOHNSON, 2010). Integralizando esta reflexão, transexuais correspondem a indivíduos cuja identidade de gênero é diferente da qual foi estabelecida biologicamente, no nascimento, independente da sua orientação sexual. Desta forma, um transexual feminino começa a vida com o corpo masculino, porém com uma identidade de gênero feminino, enquanto um homem transexual começa a vida com um corpo feminino, mas tem identidade de gênero masculino (JOBSON et al, 2012).

Na vida em sociedade, geralmente transexuais sofrem preconceitos principalmente durante o início do tratamento, aos quais alguns se submetem, com o intuito de adequarem o físico ao psicológico, ao tomarem hormônios do sexo oposto, podem apresentar diferenciações fisiológicas, na voz e conseqüentemente culturais, como a troca de vestimenta e na iniciativa de começar a utilizar o banheiro do sexo oposto.

As principais técnicas de cuidado na transexualização são: tratamento hormonal; cirurgias de redesignação sexual; tratamento psicológico e psiquiátrico. Segundo Arán e Murta (2009, p. 25 e 26), é na conjuntura de "revolução tecnológica da biomedicina e de uma maior liberdade sexual que se dá o reconhecimento da possibilidade de mudança de sexo". Os autores citam que a condição transexual é entendida pelos manuais psiquiátricos como "a insatisfação decorrente da discordância entre o sexo biológico e a identidade sexual de um indivíduo" e, por isso, há a necessidade de cirurgias e utilização de hormônios.

O que existe em termos de apoio é ainda precário para buscar adequação dos corpos às vivências dos sujeitos, O atendimento gratuito, pelo SUS, é demorado e necessariamente patologizado. Os demais meios são caros e nem sempre acessíveis nos locais de moradia. Homens e mulheres transgênero precisam de apoio psicológico e financeiro, já que os procedimentos são longos e custosos. Não há quem se responsabilize pelo seu bem-estar e, ao final, mesmo que todo o processo tenha transcorrido, ainda estão privados de diversos direitos básicos, como até mesmo do nome social.

[...] o processo transexualizador é bioeticamente incorreto. [...] Mas isso quer dizer, então, que não era para esse processo ser executado nas unidades de saúde? Não é nada disso. Ele é bioeticamente incorreto porque você submete as pessoas a mudanças corporais intensas, a mudanças sociais e subjetivas extremamente densas e, ao final, o Estado diz: 'Te vira aí, vê como a Justiça resolve teu caso'. Portanto, é bioeticamente

incorreto porque é bioeticamente incompleto (ALMEIDA, 2013, p.114).

Observamos que, se a pessoa transexual busca um emprego depois de iniciada a transição, encontra a ignorância em relação ao que significa ser transexual, rejeição e preconceito. No entanto, se a pessoa já tinha um emprego e, então, realiza sua transição, pode ser demitida. Por esse motivo, inclusive, muitas travestis, mulheres transexuais e homens trans adiam sua transição, com medo de perder seus empregos (REIDEL, 2013, p. 96).

Um dos elementos que dificulta o acesso da população trans ao mercado de trabalho é sua baixa escolaridade. O problema não é de acesso à educação, mas de dificuldades de permanência na escola, especialmente quando a pessoa começa a despertar sua identidade de gênero. A escola é um ambiente hostil para quem é trans. As piadas, as perseguições, a falta do uso do nome social, o preconceito, tudo isso contribui.

De acordo com Bazargan e Galvan, (2012, p.2) “travestis são mais propensos a experimentar a discriminação, estigmatização e vitimização em comparação com homens gays, lésbicas e bissexuais.”

O Brasil lidera o ranking dos países que mais matam pessoas trans. Certamente este fato vem pela ausência de inclusão social. Mesmo havendo leis promulgadas em relação aos direitos LGBT, essa visibilidade fica só no papel, mas perante a sociedade que vivemos a situação é mais complicada. A pessoa trans tem dificuldade de acesso ao sistema educacional e também a vagas de emprego, e para mudar essa realidade é fundamental que haja políticas públicas efetivas de inclusão.

2.Mercado de Trabalho e Gênero

Respeitar as diferenças humanas gera conexão entre as pessoas e crescimento em todos os setores da sociedade. Ao respeitar e incluir a pessoa que nos é diferente nós mostramos que somos cidadãos conscientes. Segundo Puente-Palacios, Seidl e Silva:

A vivência da diversidade deve ser percebida tanto na condição de diferencial competitivo, como também enquanto oportunidade de convivência interpessoal. A cada dia estamos mais inseridos em um cenário onde pessoas diferentes se encontram, logo, a capacidade de aproveitar as vantagens dessa diversidade é uma necessidade. (2008, p. 87).

Travestis e transexuais são tão capazes e competentes quanto as outras pessoas, mas o fato de assumirem suas identidades de gênero perante a sociedade promove a intolerância. Assumir a diversidade é se apresentar como responsável diante da realidade social. É demonstrar que respeitar as diferenças humanas gera integração entre as pessoas e crescimento em todos os setores da sociedade. O que não pode haver em nossa sociedade é o julgamento de pessoas apenas pelas características físicas exteriores, reprimindo uma série de direitos e servindo de entrave inclusive para sua manutenção, para sua contratação profissional.

Nascimento faz a seguinte afirmação:

“As possibilidades de inserção no mercado de trabalho para as transgêneros são mínimas; mesmo nas situações em que estas executem atividades tidas como femininas, não são consideradas mulheres e pela ambiguidade são alvos de preconceitos por parte da sociedade. Considera-se que a questão da diversidade é colocada a dupla dificuldade enfrentada pelas transgêneros, pois é difícil para a mulher entrar no mercado de trabalho, e ter as mesmas condições trabalhistas e salariais do homem, o desafio aumenta para a travesti.” (NASCIMENTO, 2003, p.37).

De acordo com Almeida e Vasconcellos (2018), a utilização do nome social tem significado uma grande barreira para o acesso ao mercado de trabalho formal e também da permanência em um emprego, já que o desrespeito ao nome social ocorre tanto na fase de seleção pelo confronto com dados contidos em registro civil quanto no próprio ambiente de trabalho pela discriminação por conta do nome social, sendo o desrespeito a ele uma das manifestações mais comuns de preconceito contra a população transgênero.

Outro elemento que existe como desafio para a inserção das travestis, mulheres transexuais e homens transexuais no mercado de trabalho é seu próprio corpo. Muitas são imediatamente reconhecidas fazendo com que as pessoas transexuais encontrem empecilhos no acesso ao mercado de trabalho.

Frisamos sempre que a melhor forma de combater intolerância e preconceito é com conhecimento, e a falta de contratação de pessoas transexuais é pura desinformação.

Para se harmonizar com a sociedade o indivíduo visto como fora da norma é pressionado a se adequar ao padrão de gênero hegemônico. O preço dessa adequação é altíssimo, pois envolve custos significativos de privação do exercício de

direitos. Assumir a diferença é estar condenado aos espaços marginais da sociedade, é considerar a marginalidade como normalidade (Saraiva, 2012).

É possível dizer que os corpos são moldados através da “imitação prestigiosa” (GOLDENBERG, 2011). O corpo, em diversas medidas, é a matéria prima a ser moldada para a expressão de si. Larissa Pelúcio (2005, p.98) cita o caso das travestis, que podem passar por etapas que envolvem maquiagem, remoção de pelos, ingestão de hormônios, uso de vestuário entendido como feminino e injeção de silicone.

No Brasil não existem dados estatísticos sobre verdadeiro número de travestis, transexuais e transgêneros com vínculo empregatício, que poderiam nos dar uma visão do quão cruel é o mercado de trabalho com transgêneros, levando muitos à informalidade

Ainda de acordo com Abrahão:

“De um modo geral, em nossa sociedade, há a promoção de um único padrão, eleito como o normal, o bom, o belo, o correto e, em torno deste padrão único são planejadas todas as coisas, dos espaços arquitetônicos aos benefícios oferecidos aos empregados, da comunicação aos produtos, serviços e atendimento oferecidos aos clientes. Por várias razões, em nosso país, esse padrão de normalidade tem sido masculino, heterossexual, branco, sem deficiência, adulto, magro, católico, entre outros atributos que se confundem com os de normalidade, moralidade, beleza e capacidade para decidir e liderar as organizações. Com base nesse padrão único se formam os estereótipos, surgem preconceitos e práticas de discriminação que nem mesmo são reconhecidas como tais, uma vez que o correto é ter o perfil deste padrão.” (ABRAHÃO, 2014).

Ao questionarmos algumas empresas sobre a presença de profissionais transgêneros, o departamento de pessoal afirmou que não existe na folha a separação de transexuais e travestis. Nas fichas cadastrais de empregados, existe a limitação aos campos de preenchimento para as opções Feminino e Masculino, ainda não possuindo espaço para cadastro de informações relativas à identidade de gênero.

Deveria haver maior capacitação das pessoas responsáveis pela área de Recursos Humanos das empresas, para que aprendam a lidar com pessoas transexuais. Tal atenção deve ocorrer tanto no momento da contratação e das

entrevistas quanto ao longo do tempo, com a permanência dessas pessoas em seus empregos. A tomada de decisão em relação à contratação é tarefa que se reveste de grande responsabilidade, onde os gestores devem ser altamente profissionais, deixando de lado seus preconceitos e juízo de valor.

Vale (2007, p. 55) é claro em mencionar que:

“a injúria em relação a travestis e transgêneros aproxima-se da injúria racista”.

Trata-se de uma questão de identidade de pessoas associada às suas vivências sociais e culturais de um gênero diferente daquele que lhes foi atribuído quando nasceram e que requer aceitação social..

Limitar o trabalho das travestis e transexuais às categorias profissionais convencionadas como apropriadas a elas, faz com que estas pessoas se sintam à mercê da marginalização, deixando de inseri-las na sociedade e fazendo com que a coletividade fique livre da obrigação de ocupar-se com esse grupo de modo diferente do admitido pela tradição. O local onde elas podem trabalhar então, é definido não por elas, travestis e transexuais, mas pelos padrões dominantes; ficando restritas às áreas de atuação profissional em que são aceitas ou menos rejeitadas pela sociedade.

3.Aspectos relacionados à inclusão das pessoas transexuais e travestis no mercado de trabalho e na sociedade

Mesmo com a implantação de políticas voltadas a inclusão e valorização da diversidade nas organizações, o preconceito velado se faz presente no ambiente de trabalho em forma de humor. Isso demonstra o quanto é difícil para as organizações efetivarem essas políticas em ambientes onde colegas de trabalho agem de forma preconceituosa por meio de piadas e comentários jocosos. Assim, a valorização da diversidade passa fazer parte do discurso, mas não na prática das organizações. (IRIGARAY, 2010)

A necessidade de políticas públicas e de conscientização da sociedade é imprescindível, pois o Brasil não possui uma legislação própria para a inclusão desse grupo.

Segundo o escritor Sergio Suiama (2012):

Uma estratégia jurídica de caráter inclusivo deveria, em primeiro lugar, garantir soluções jurídicas a todas as pessoas que se

encontram sob o chamado “guarda-chuva transgênero”:
transexuais pré e pós-operados, transexuais que escolheram não
se submeter a procedimentos cirúrgicos, cross dressers,
travestis.

O termo guarda-chuva transgênero citado pelo escritor demonstra que não é
há apenas uma definição de pessoa transgênero, pois engloba as pessoas que já
realizaram a cirurgia, as que estão em processo de mudança ou que optaram por não
realizá-la.

Adelmam faz a seguinte argumentação acerca da absorção dos transgêneros
no mercado de trabalho:

“Basta uma rápida olhada nos anúncios de emprego para deixar
claro que o mercado de trabalho possui uma estrutura
segmentada pelo gênero-definido pela dicotomia convencional
homem/ mulher. Muitos valores subjetivos e avaliações estão
embutidos nesta divisão- sobre aquilo que um homem ou uma
mulher pode ou deve fazer. Pessoas com uma ambiguidade de
gênero poderiam causar confusão e sentir rejeição, por não se
encaixarem facilmente nos nichos que existem no mercado de
trabalho. A mesma ambiguidade pode ser vista como algo capaz
de perturbar o desempenho da função, principalmente num
mundo onde muitas ocupações se exercem vinculadas à
apresentação e conservação da imagem.” (ADELMAN, 2003, p.
83-84)

Em se tratando de estabelecer a igualdade para as pessoas transgêneros é
necessário se remontar a Constituição Cidadã, especialmente no artigo 1º, inciso II e
III que apresenta a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos
do Estado Democrático de Direito; o artigo 3º que traça os objetivos da República,
dentre eles o inciso IV que busca “promover o bem de todos, sem preconceitos de
origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, bem
como o artigo 5º, I que assegura a igualdade formal de todas e todos perante a lei.
Esses artigos constitucionais interpretados junto a outros dispositivos internacionais
e infraconstitucionais constituem uma base jurídica que veda a distinção odiosa de
qualquer natureza.

O princípio da não discriminação no trabalho está previsto em vários
documentos legais, como no artigo 7º da Declaração Universal dos Direitos do
Homem (DUDH):

Artigo 7º. Todos são iguais perante a lei e, sem qualquer discriminação, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

São necessárias políticas públicas que visem a efetivação dos direitos civis, políticos e sociais das travestis e transexuais. O preconceito e a discriminação persistem inviabilizando a inserção destas pessoas no mercado de trabalho.

Adelman (2003) observa que o mercado já possui uma segregação ocupacional de gêneros, ou seja, profissões específicas para cada gênero, porém, além dessa segregação existe uma outra, mesmo que de forma velada, quando o assunto é transgênero, pois segundo a autora os empregadores encaram os transgêneros como ambíguos, não possuindo assim, espaço nesse mercado segregado.

Para uma parte das empresas, ser trans é uma barreira para o ingresso e permanência na instituição. Muitos ambientes profissionais aceitam funcionários transgêneros com a premissa que estes não “se revelem” trans, ou seja, podem permanecer no cargo caso continuem a adotar seus nomes antigos e os banheiros que sempre utilizaram.

As empresas dependem das pessoas e suas respectivas habilidades para atingir o sucesso organizacional. Porém, identidade de gênero, orientação sexual e aparência estão arraigadas na cultura trabalhista, criando enorme discriminação às travestis e aos transexuais frente às vagas de emprego.

Mesmo enfrentando resistências, as travestis e transexuais alcançaram grandes conquistas no Brasil, pois têm o direito à mudança de nome e gênero sem necessidade de processo judicial, à cirurgia de redesignação sexual pelo Sistema Único de Saúde, à aplicação da lei Maria da Penha e do feminicídio para as mulheres transgêneras, e a utilização do banheiro de acordo com a identidade de gênero.

O mais importante nesta temática abordada é ter consciência de que pessoas que se identificam com alguma das expressões da transgeneralidade encaram um primeiro desafio: reconhecer a si mesmas e ter muita coragem para se apresentar aos outros da forma como se identificam. Independente do gênero, cada pessoa tem seu tempo. Essa atitude não é simples de se tomar, nem fácil de pôr em prática, porém é necessária, para que elas possam ser quem são por inteiro, e viver integralmente, exteriormente, como ela é por dentro, seja na aceitação social e/ou profissional.

Conclusão

No presente artigo, buscou-se investigar as principais dificuldades enfrentadas pelas travestis e transexuais, para buscar emprego e serem inseridas no mercado de trabalho formal. O estudo constatou que, apesar da luta e da evolução no sentido de se construir uma sociedade mais justa e igualitária, ainda são muitos os casos de discriminação e preconceito para com estas pessoas também no mercado de trabalho, o que impede o processo de entrada das mesmas no mercado de trabalho formal. Valorizar a diversidade, especificamente, a diversidade sexual, significa reconhecer que há pessoas, que desqualificam, ridicularizam, intimidam e atacam a moral e a sua autoestima, até promover modificações no planejamento estratégico do negócio.

Constatamos que a construção da identidade das travestis e transexuais têm uma relação maior com questões sociais, com as experiências culturalmente construídas, bem como com relação aos reconhecimentos sociais.

As empresas que se engajarem nesse assunto estarão colaborando para um futuro melhor no Brasil. Onde há espaço para o diferente, há a troca produtiva entre as pessoas e o trabalho é um direito garantido a todos os cidadãos brasileiros. Uma consequência dessa abertura dos negócios à diversidade é ter mais opções para recrutamento, e também pode favorecer a empresa em termos de reputação pois a diversidade e inclusão são favoráveis para os negócios; já que há pessoas que veem esse tipo de política como indicador do compromisso da empresa de ser um lugar acolhedor para se trabalhar. Quanto aos recrutadores e responsáveis pelo processo de seleção nas empresas, estes devem se ater somente a dados relevantes e inerentes ao cargo desejado pelo candidato potencial, deixando de lado perguntas que visem identificar sua sexualidade ou características de sua vida particular.

Por ser um tema polêmico, não é possível uma solução estritamente jurídica sobre o assunto tendo em vista que se trata de uma questão cultural. Entretanto, as ações promovidas como a elaboração de cartilhas, palestras, projetos de lei e de organizações assistenciais promovem ações capazes de transformar, ainda que de forma incipiente, a realidade enfrentada por esse grupo.

Dar espaço para trans, travestis e pessoas diversas é possibilitar que estas ocupem o recinto, que é delas dentro da sociedade; criando cada vez mais oportunidades para pessoas na mesma situação.

Deve-se destacar que muito se tem evoluído acerca dessas discussões, no entanto, a sociedade e o Estado em seus discursos pregam o fim desse preconceito, mas nem sempre estimulam ações em prol dessa minoria. Políticas públicas de educação voltadas para princípios de igualdade de gênero, políticas de

profissionalização dessas minorias, alterações legais quanto ao uso do nome social e revisões na lista de patologias psíquicas também poderiam se mostrar como possibilidades de atenuação dos problemas aqui apresentados.

Referências

ABRAHÃO, Jorge. Um avanço nos direitos LGBT. In: Notícias, Instituto Ethos. 2014. Disponível em: <http://www3.ethos.org.br/cedoc/um-avanco-nos-direitos-lgbt/#.UyC7vD9dWgQ>. Acesso em: 28 junho 2020.

ADELMAN, Miriam. Travestis e Transexuais e os Outros: Identidade e Experiências de Vida. Niterói: UFF, 2003.

ALMEIDA, Guilherme. A propósito da discussão de feminilidades trans: notas sobre invisibilização, cidadania corpo e processo transexualizador. In: SILVA, Daniele Andrade da; HERNÁNDEZ, JIMENA de Garay; SILVA JUNIOR, Aureliano Lopes, UZIEL, Anna Paula. Feminilidades: Corpos e sexualidades em debate. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2013. 272p.

ALMEIDA, C. B. de; VASCONCELLOS, V. A. Transexuais: transpondo barreiras no mercado de trabalho em São Paulo? *Rer. Direito GV* [online]. 2018, vol. 14. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322018000200303&tlng=pt . Acesso em 22 de junho de 2020.

ARAN, Márcia and MURTA, Daniela. Do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero às redescrições da experiência da transexualidade: uma reflexão sobre gênero, tecnologia e saúde. *Physis* [online]. 2009, vol.19, n.1, pp. 15-41. ISSN 0103-7331. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312009000100003&lng=pt&tlng=pt Acesso em 21 de junho de 2020.

BARBOSA, Bruno Cesar. "Doidas e putas": usos das categorias travesti e transexual. *Sex., Salud Soc. (Rio J.)* [online]. 2013, n.14, pp. 352-379. ISSN 1984-6487.

BAZARGAN, Mohsen; GALVAN, Frank. Perceived discrimination and depression among low-income Latina male-to-female transgender women. *BMC Public Health*. V.12, n.663, pp. 1-8, 2012.

BORBA, R. & Ostermann, A. C. (2008). Gênero ilimitado: a construção discursiva da identidade travesti através da manipulação do sistema de gênero gramatical. *Estudos Feministas*, (16) 2, 409-432, mai.-ago.

BRASIL, **Constituição Federal**. 68.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL, Ministério Público do Ceara. **O Ministério Público e a Igualdade de Direitos para LGBTI:** Conceitos e Legislação. 2. ed., rev. e atual. – Brasília : MPF, 2017.

DIAS, J. A. H.; BERNARDINELLI, M. C. O transexual e o direito de acesso ao mercado de trabalho: do preconceito à ausência de oportunidades. Curitiba. Revista de Gênero, Sexualidade e Direito, 2016.

GOLDENBERG, Miriam. Gênero, “o corpo” e “imitação prestigiosa” na cultura brasileira. Saúde e Sociedade, v.20, n.3, p. 543-553, 2011.

IRIGARAY, Helio Arthur Reis. Identidades Sexuais Não-Hegemônicas: A Inserção dos Travestis e Transexuais no Mundo do Trabalho Sob a Ótica Queer. In: VI Encontro de Estudos Organizacionais da ANPAD. Florianópolis, 2010.

JESUS, Jaqueline Gomes. **Orientações sobre a população transgênero:** conceitos e termos. Brasília. 2012. Disponível em: [https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/16/o/orienta%
ntidade de g%
2%c2%aa edi%
_](https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/16/o/orienta%c3%87%c3%95es_sobre_identidade_de_g%c3%8anero_conceitos_e_termos_-_2%c2%aa_edi%c3%a7%c3%a3o.pdf?1355331649) Acesso em 27 de junho de 2020.

JOBSON, Geoffrey A.; THERON, Liesl B; KAGGWA, Julius K.; KIM, He-Jin. Transgender in Africa: Invisible, inaccessible, or ignored? SAHARA-J: Journal of Social Aspects of HIV/AIDS. v.9, n.3, pp. 160-163, 2012.

JOHNSON, Matt. Transgender Subject Access: History and Current Practice. Cataloging & Classification Quarterly, v. 48, n.8, pp. 661-683, 2010.

NASCIMENTO, Ewerton S. Alternativas de mercado de trabalho para as travestis de Aracaju. Aracaju: Ministério da Justiça, 2003.

ONU. **Declaração Universal do Direito do Homem.** Disponível em: < https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em 18 junho 2020.

PELÚCIO, Larissa. Toda quebrada na plástica: corporalidade e construção de gênero entre travestis paulistas. Campos, n.6, p.97-112, 2005.

PUENTE-PALACIOS, Katia Elizabeth; SEIDL, Juliana e SILVA, Rafael Almeida Dutra da. Ser ou parecer diferente: o papel da diversidade na satisfação de equipes de trabalho. Rev. Psicol., Organ. Trab. [online]. 2008, vol.8, n.2, pp. 79-97. ISSN 1984-6657.

REIDEL, Marina. A pedagogia do Salto Alto: histórias de professoras transexuais e travestis na educação brasileira. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2013.

SARAIVA, L. A. S. (2012). Além dos estigmas profissionais. In: Freitas, M. E. & Dantas, M. (Orgs.). *Diversidade sexual e trabalho*. São Paulo: Cengage Learning, pp. 150-1.

SEPÚLVEDA, Gabriela. SEPÚLVEDA, Vida. A Revista Direito UNIFACS. n. 225 (2019).UNIFACS. Salvador Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5949/3719> Acesso em 24 Jun. 2020.

SUIAMA, Sérgio Gardenghi. Um Modelo Autodeterminativo para o Direito dos Transgêneros. 2012, p. 101-139.

VALE, A. F. C. (2007). O voo da beleza: experiência, transgênero e processo migratório. *OP SIS*, (7) 8, 54-68, jan.-jun.

DIREITO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO X DIREITO À VIDA EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS

TATIANE CABREIRA CARVALHO:

Advogada. Especialista em Estudos Linguísticos e Literários - UFBA. Licenciada em Letras (Português/ Literaturas de Língua Portuguesa) - UNESA.

RESUMO: Este artigo visa tratar de uma questão que vem sendo bastante discutida nesses tempos de pandemia: o direito à liberdade de locomoção. Diante de um cenário em que os desafios são muito grandes por haver um alto risco de contágio, embates estão surgindo sobre a hipótese de se ao exercer o direito de ir e vir seria ou não assumir o direito/risco/crime de estar sujeito a transmitir uma doença que pode ser letal. O objetivo é demonstrar que nenhum direito é absoluto e que um direito pode e deve ser limitado diante do risco a outro bem maior, no caso, a vida. Sendo assim, este debate ganha importância devido a toda manifestação contrária vivida pelo atual governo e seus ministérios relativo a qual direito deve-se priorizar, contribuindo com o desenvolvimento e amadurecimento social, uma vez que visa esclarecer que nenhum direito prevalece a outro, ou seja, nenhum direito é absoluto. Para esta discussão, será utilizado a metodologia bibliográfica, utilizando-se o texto constitucional, assim como serão expostos fundamentos de alguns teóricos e estudiosos a fim de enriquecer tal sustentação.

Palavras-chave: Direito à liberdade de locomoção – Direito à vida – Coronavírus.

ABSTRACT: This article aims to address an issue that has been widely discussed in these pandemic times: the right to freedom of movement. Faced with a scenario in which the challenges are very great because there is a high risk of contagion, clashes are arising about the hypothesis of whether or not to exercise the right to come and go would be assuming the right / risk / crime of being subject to transmit a disease that can be lethal. The objective is to demonstrate that no right is absolute and that a right can and should be limited in the face of risk to another, much greater, in this case, life. Thus, this debate gains importance due to all the contrary manifestation experienced by the current government and its ministries regarding which right should be prioritized, contributing to the development and social maturation, since it aims to clarify that no right prevails over another, that is, no right is absolute. For this discussion, the bibliographic methodology will be used, using the constitutional text, as well as the foundations of some theorists and scholars will be exposed in order to enrich this support.

Keywords: Right to freedom of movement - Right to life - Coronavirus.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direitos fundamentais: direito à vida x direito à liberdade de locomoção. 3. Conclusão. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Recentemente, vivencia-se um grande momento histórico: o caos mundial instalado pelo COVID-19, que atacou demasiadamente povos e governos. Uma onda de devastação causada por um vírus que se originou na Ásia, ascendeu-se na Europa, e alcançou a América causando destruições em forte escala.

Trata-se de uma situação inesperada que gerou uma grande insegurança para grande parte das pessoas. Surgiram diversas dúvidas sobre como (re)agir frente a um inimigo que não se pode enxergar. Esse momento força a entender que nada é permanente, que nada dura para sempre, e que aquele que consegue se (re)adaptar com mais facilidade, sairá com mais rapidez e com menos estrago dessa, e de qualquer outra, crise. O segredo está em perceber rapidamente o que está acontecendo a fim de que alguma atitude positiva seja tomada em seguida para que os caminhos, as vidas, continuem a percorrer.

Diante desse cenário, deparamo-nos frente à incertezas e supostas verdades absolutas em todas as áreas científicas. Entram em conflito direitos e deveres, direitos coletivos e direitos individuais, ciência contra achismos e verdades infundadas, vida e economia. Dentre todo esse conflito, o que deve prevalecer?

Este artigo tem como finalidade tratar da área jurídica e debater acerca do que deve prevalecer quando há conflitos de direitos fundamentais. Mostrando se o embate que desencadeia o direito à liberdade de locomoção e o direito à vida é solucionado de forma que priorize apenas um desses direitos.

Tal pesquisa pretende contribuir com o desenvolvimento e amadurecimento social, uma vez que visa esclarecer que nenhum direito prevalece ao outro, ou seja, nenhum direito é absoluto. Visa esclarecer que um direito pode e deve ser limitado diante de outro bem maior, a vida.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITO À VIDA X DIREITO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

Os direitos fundamentais são aqueles inerentes a pessoa humana, que garante a mínima condição de ser humano. Há algumas divergências terminológicas quanto à distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, em que o primeiro estaria ligado aos direitos em âmbito internacional, enquanto o segundo

estaria ligado aos direitos garantidos pelo ordenamento nacional. Tal discussão não vem ao caso.

Contudo, ficar-se-á com a definição de João Trindade Filho[1]:

[...] poderíamos definir os direitos fundamentais como os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica. (FILHO, p. 06).

A partir desse entendimento, verifica-se que, num plano geral, Direitos Fundamentais são aqueles básicos à subsistência de todo e qualquer ser humano. Diante do entendimento apresentado, segue-se com a aplicação dos Direitos Fundamentais em ordenamento jurídico pátrio.

Tem-se, então, que todos são detentores de direitos! Tal premissa está garantida sem distinção no art. 5º da Constituição Federal/88[2] "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." Se todos têm direitos iguais, qual deve prevalecer frente à circunstância causada pela atual pandemia?

Ao adentrar no estudo do direito, entende-se e tem-se claro que o direito de um termina quando/onde o direito do outro começa. O direito coletivo sobrepõe-se a direitos individuais, tal como orienta o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado. Isto posto, verifica-se que nenhum direito é absoluto.

Sendo assim, torna-se ilógica a discussão que surgida nos últimos dias acerca de se pode usufruir do direito à liberdade de locomoção como bem entender, negando a existência de juízos de valores.

Não é assim que o direito funciona, isso não é agir/pensar em coletividade como propõe as teorias do Contrato Social sugeridas por Rousseau[3]. Este renomado teórico defendia que era necessário

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça portanto senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente.

Tal é o problema fundamental cuja solução é dada pelo contrato social. (ROUSSEAU, p. 9-10).

Baseando-se na ideia de Rousseau, compreende-se que para que todos sejam livres, todos devem obedecer a um sistema de normas respeitando os direitos de cada indivíduo a título de que seu próprio direito também seja respeitado. Ainda sobre essa concepção tem-se que

Cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda a sua autoridade, sob o supremo comando da vontade geral, e recebemos em conjunto cada membro como parte indivisível do todo.

Logo, ao invés da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quanto a assembléia de vozes, o qual recebe desse mesmo ato sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. A pessoa pública, formada assim pela união de todas as outras, tomava outrora o nome de cidade (3), e toma hoje o de república ou corpo político, o qual é chamado por seus membros: Estado, quando é passivo; soberano, quando é ativo; autoridade, quando comparado a seus semelhantes. No que concerne aos associados, adquirem coletivamente o nome de povo, e se chamam particularmente cidadãos, na qualidade de participantes na autoridade soberana, e vassalos, quando sujeitos às leis do Estado. Todavia, esses termos freqüentemente se confundem e são tomados um pelo outro. É suficiente saber distingui-los, quando empregados em toda a sua precisão. (ROUSSEAU, p. 10).

Diante dessa noção de contrato social, e do norte direcionado pelo Princípio Administrativo da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, entende-se que para uma boa gestão de governo, deve-se saber balancear os direitos que se encontram em conflito, guiando-se ainda pelos Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade.

Adentrando nos Direitos Fundamentais, tratar-se-á de dois dos direitos que estão sendo colocados em confronto: o direito à vida e o direito à liberdade de locomoção.

Sobre o direito à vida, tem-se que este o é nosso bem maior. Tanto é que no Texto Magno, em seu art. 5º, anteriormente citado, vem à frente do direito à

liberdade. No entanto, partindo da premissa de que o direito de um termina onde o do outro começa, se o direito à liberdade desse um coloca em risco o direito à vida – nosso bem maior – desse outro, o primeiro não deve prevalecer sobre o segundo.

Segundo Pedro Lenza[4], “o direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5º, caput, abrange tanto o direito de não ser morto, de não ser privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna”.

No que se diz respeito ao direito de liberdade de locomoção, Lenza também fundamenta que, conforme previsto no art. 5º, incisos XV e LXI da Constituição, “a locomoção no território nacional em tempos de paz é livre”[5], e ainda que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.”[6].

Isso mostra que por não se estar em tempos de paz, uma vez que a pandemia gera uma situação de crise e conturbações, tendo sido declarada situação de Calamidade Pública por diversos estados federativos, a privação à liberdade está mais do que amparada Constitucionalmente, até mesmo em virtude das ordens judiciais que vêm sendo preconizadas nesses últimos dias.

E sobre este tema, tem-se ainda, de acordo com Carlos Augusto Gonçalves Moreira[7], que numa Federação em que há a divisão de poderes, o poder responsável por dissipar conflitos de direitos é o Poder Judiciário. Portanto, não cabe ao Poder Executivo querer impor medidas para fazer valer o direito à liberdade de locomoção.

Contudo, entende-se que, se o direito à liberdade, individual, coloca em risco o direito à vida de uma população, direito coletivo, é equivocado querer que o direito à liberdade de locomoção prevaleça. Querer sobrepor o direito à liberdade de locomoção de alguns sobre o direito à vida de uma variedade maior é inidôneo, vai contra toda a ideia de Contrato Social.

De acordo com Adualdo Catão[8], “Quando a falta desse tipo de ação leva à perda do bem maior (o velho e bom direito à vida. Lembra dele? Aquele de ‘primeira geração’) é sim defensável a restrição PROPORCIONAL e TEMPORÁRIA das liberdades.”. O que reafirma que não é ilícito limitar um direito em prol de outro, desde que se esteja aplicando a proporcionalidade e razoabilidade, e que um direito coletivo está em conflito com algum direito individual.

3. CONCLUSÃO

Diante de todo estudo apresentado, tendo-se exposto do que se trata os direitos fundamentais, debatendo-se acerca do direito à vida e do direito à liberdade de locomoção, discorrendo-se sobre como deve-se dirimir um conflito de direitos, e demonstrando a função desempenhada aos poderes, entende-se que quem, ainda assim, defende a liberdade de locomoção sobre o prisma de que está fazendo valer o seu próprio direito, indo contra e colocando em risco todos os outros direitos de variedade maior de cidadãos, “não entendeu nada sobre liberdade”[9].

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 jun. 2020.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 6. Ed. ver. ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2019.

CATÃO, Adrualdo. Maceió, 09 maio de 2020. Instagram: @adrualdocatão. Acesso em: 9 maio 2020.

FILHO, João Trindade Cavalcante. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Portal da TV Justiça. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade_Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em: 03 jun. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MOREIRA, Carlos Augusto Gonçalves. **A colisão entre direitos fundamentais e formas de solucionar a questão juridicamente**. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-colisao-entre-direitos-fundamentais-e-formas-de-solucionar-a-questao-juridicamente/>. Acesso em 03 jun. 2020.

PATRIOTA, Caio César Soares Ribeiro. **O princípio da supremacia do interesse público**. Jusbrasil. Disponível em: <https://caiopatriotaadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/433296963/o-principio-da-supremacia-do-interesse-publico#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20supremacia%20do%20interesse%20p%C3%BAblico%20sobre%20o%20privado,explicitamente%20previstas%20em>

%20norma%20jur%C3%ADdica.&text=A%20ess%C3%Aancia%20desse%20princ%C3%ADpio%20est%C3%A1,voltada%20aos%20interesses%20da%20coletividade.
Acesso em 03 jun. 2020.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Edição eletrônica: Ed Ridendo Castigat Mores (www.jahr.org). Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_rousseau_contrato_social.pdf. Acesso em: 01 jun. 2020.

NOTAS:

- [1] FILHO, João Trindade Cavalcante. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.
- [2] BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF.
- [3] ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. Edição eletrônica.
- [4] LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 2019, p. 1.168.
- [5] LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 2019, p. 1.224.
- [6] Ibidem.
- [7] MOREIRA, Carlos Augusto Gonçalves. A colisão entre direitos fundamentais e formas de solucionar a questão juridicamente. Revista Âmbito Jurídico.
- [8] CATÃO, Adrualdo. Instagram: @adrualdocatão.
- [9] CATÃO, Adrualdo. Instagram: @adrualdocatão.

DIREITO A EDUCAÇÃO INCLUSIVA DA PESSOA COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA

CARINA CAIRES DA SILVA RAMOS:

Bacharelada em Direito pelo IESB - Instituto Educacional Superior de Bauru. Pedagoga, Especialista em Deficiência Intelectual.

ANDREA LUIZA ESCARABELOSOTERO^[1]

(orientadora)

RESUMO: Este artigo sugere uma reflexão a partir de discussões teóricas sobre o autismo desde a sua identificação por médicos e especialistas da saúde, até a inclusão no âmbito educacional, enfatizando suas características típicas, meios e possibilidades profissionais dos educadores trabalharem de forma de inclusão social e desenvolvimento cognitivo especialmente dos autistas. Far-se-á uma reflexão do surgimento do diagnóstico do autismo, dos surgimentos das leis que garantem a educação para autistas e para pessoas com necessidades especiais, assim como pontuaremos atitudes e sugestões de ações para o educador atuar com maior assertividade. Tem como objetivo conceituar o autismo, a inclusão do autista na educação por meio da legislação e refletir sobre a prática dos educadores. Discutir e entender práticas pedagógicas de acordo com estudiosos sobre o ensino do autista, e a importância do preparo e conhecimento dos profissionais que com eles atuam e que seus direitos sejam efetivados com dignidade e igualdade.

PALAVRAS-CHAVE: Autismo, inclusão, Legislação.

ABSTRACT: This article suggests a reflection from theoretical discussions about autism from its identification by physicians and health specialists, to inclusion in the educational field, emphasizing its typical characteristics, means and professional possibilities of educators working in a way of social inclusion and development cognitive impairment especially of the autistic. We will reflect on the emergence of the diagnosis of autism, the emergence of laws that guarantee education for autistics and people with special needs, as well as punctuate attitudes and suggestions of actions for the educator to act with greater assertiveness. It aims to conceptualize autism, the inclusion of the autistic in education through legislation and reflect on the practice of educators. To discuss and understand pedagogical practices according to scholars about the teaching of autism, and the importance of the preparation and knowledge of the professionals who work with them and that their rights are performed with dignity and equality.

Keywords:Autism, inclusion, Legislation

SUMÁRIO: *Introdução.* 1 Autismo e suas manifestações . 2 Autista e seus direitos a escolarização. 2.1Direito do aluno à Inclusão pedagógica em sala de aula. 2.2 Direito do autista em face das instituições de ensino. 3 Metodologia. Considerações Finais. Referencia.

INTRODUÇÃO

Os dados referentes ao tempo de estudo dos brasileiros com deficiência são preocupantes, visto que mais de 70% destas pessoas não tiveram acesso aos estudos segundo dados do MEC. Assim, questionamos: Por que a educação está tão falha para os deficientes?

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), os dados do Censo Demográfico 2010 mostram que mais de 45,6 milhões de brasileiros declararam ter alguma deficiência, o número representa 23,9% da população do país. Deste percentual 16,6% corresponde a deficiência intelectual, a qual o autista se inclui na pesquisa. Dada a amplitude dos deficientes no país, e as especificidades do tratamento do autismo, o artigo presente tem como objetivo descrever um breve histórico da aceitação do individuo deficiente na sociedade e conceituar e problematizar a educação especial especificamente dos Autistas.

Para que educadores e/ou interessados possam informar-se amplamente e a fim de potencializar o poder da ação no ramo da educação especial especialmente para deficientes intelectuais focando nos autistas, fizemos um levantamento bibliográfico sobre questões pertinentes para elevar e aguçar a criticidadeno ensino e aprendizagem.

1 AUTISMO E SUAS MANIFESTAÇÕES

O psiquiatra infantil Leo Kanner em 1943 fez um estudo sobre onze crianças que apresentavam quadro psiquiátrico ainda não diagnosticado. Caracterizava-se por isolamento social, tendência para atividades repetitivas, comportamento sistemático, preservação de ordem de objetos e rotinas incapacidade de usar linguagem para comunicação, não demonstra sinais de expressões, tinham horror diante barulhos autos e eram fisicamente aparentemente normal. Possuíam inabilidade inata para forma usual de contato afetivo com as pessoas desde o começo da vida, e havia existência de habilidades excepcionais, como a memória por exemplo. As crianças que se encaixavam nesse quadro, o médico diagnosticou-as com Autismo Infantil Precoce. (Perissinoto, Marchesan e Zorzi 2003)

Os autores contam ainda que em 1944, o pediatra alemã Hans Asperger desenvolveu uma tese semelhante ao de Kanner e nomeou de psicopatia autista. Na sua tese descreveu idade de manifestação aos 3 anos ou posteriormente, tendo como características fala precoce, prejuízo na interação social, comportamento com pobreza de contato de olho, limitação de empatia, prejuízo na comunicação não verbal, fala prejudicada, envolvimento com típicos específicos de interesse e grande resistência a mudança.

Assim, Lorna Wing, anos depois dessas análises, comparou os dois estudos e encontrou semelhanças. Criou a síndrome de Asperger. A partir desse estudo e das variáveis considerou a possibilidade de compreensão de ambas as descrições como um conjunto de elementos variáveis em grau.

Schwartzman (1994), também ao conceituar autismo menciona Kanner e diz que é uma síndrome definida por alterações presentes desde muito precoces e que *“se caracteriza, sempre, pela presença de desvios nas relações interpessoais, linguagem/comunicação, jogos e comportamentos.”* (SCHWARTZMAN, 1994, p. 17)

O Autor frisa ainda, que apesar de durante muito tempo o Autismo ser considerado causado por fatores psicodinâmicos, atualmente sabe-se que te determinantes biológicos, e destaca:

“As crianças portadoras de Autismo Infantil podem apresentar outros sinais e sintomas decorrentes da disfunção neurológica de que são portadoras, tais como deficiência mental (em graus variáveis), distúrbios de atenção-concentração, crises convulsivas e prejuízos motores e/ou de percepção. O Autismo é considerado uma condição não progressiva; isto, porém, não significa que os sinais e sintomas presentes sejam fixos e invariáveis.” (SCHWARTZMAN, 1994, p. 27).

2 AUTISTA E SEUS DIREITOS A ESCOLARIZAÇÃO

Ocorreu uma revolução em respeito ao atendimento, a educação e o tratamento da sociedade para o indivíduo especial. Isso está relacionado a evolução das ciências e ao sistema de valores da sociedade. (AMIRALIAN, 2007).

Conceituando o comportamento dos excepcionais, Amiralian (2007) explica a fase pré-científica, o momento onde a compreensão e o tratamento dos deficientes eram mais influenciados por valores culturais e éticos.

Essa época, Marques (2001) chama de preformismo, e explica que a sociedade baseada nos conceitos da mística e superstição, ligou a deficiência a forças sobre-humanas, como se atributos mentais, sensoriais e motores fossem dadas ou castigos da força maior ou do bem e do mal.

No fim da idade média, Amiralian (2007) diz que os cristãos influenciaram o atendimento assistencial, por possuir organizações que tratavam e pessoas “a margem” da sociedade.

Foi no renascimento, com a ênfase no científico, que surge as preocupações com o indivíduo e a busca de soluções científicas para seus problemas. Com a concepção da medicina o deficiente passou de “possuído” para “doente”. Assim o deficiente era tratado apenas pelos médicos. (AMIRALIAN,2007)

Foi a partir daí, que Amiralian (2007) diz que surgiu interesse de estudar os excepcionais, porém esclarece que não envolve todos e que há vestígios de atitudes pré-científicas.

“É importante salientar que a evolução [...] não ocorreu em todas as sociedades e em todas as culturas do mesmo grau e da mesma forma pelo contrário, encontramos ainda hoje, seja com maior ou menor intensidade, atitudes semelhantes aquelas que denominamos pré-científicas” (AMIRALIAN, 2007, p.03).

Com a evolução de outras ciências que estudam o homem, começou-se de fato, a estudar e analisar o comportamento desses indivíduos (deficientes), o que desencadeia certo tipo de comportamento e influências sociais. Assim, buscou-se atitudes, programas e técnicas necessárias e eficazes para promover o desenvolvimento. Nesses casos a deficiência de “doença” passou para “condição”.

Sobre a ênfase no científico, Marques (2001) nomeia e explica o predeterminismo: quando se fortaleceu a visão antropocêntrica. Assim, as ciências físicas e naturais evoluíram muito no processo de construção de entendimento da natureza humana e de seu papel no mundo *“as causas da defectologia e da normalidade estariam determinadas pelo substrato biológico do indivíduo”*(MARQUES, 2001,p. 40).

A deficiência intelectual, especificamente, teria origem em uma lesão ou disfunção do sistema nervoso central segundo o autor.

Logo após o predeterminismo, Marques (2001) explica o interacionismo: sem privilegiar o indivíduo ou o meio, propunha a interação de ambos como a forma mais coerente e sensata de construção do conhecimento. Nessa perspectiva, as habilidades mentais, sensoriais e motoras do indivíduo decorreriam da quantidade e da qualidade das trocas efetuadas entre o indivíduo e o meio ambiente, neste quesito entraria os estudos dos deficientes.

Com os estudos, apesar de lento iniciou-se a trajetória do deficiente na legislação. Em 1938, no estado de São Paulo, criou-se o serviço de saúde escolar, neste havia a seção de Higiene Mental a qual deveria organizar a assistência médico-pedagógica aos deficientes mentais, e em 1960 foi regulamentada a criação das classes especiais para alunos com deficiência mental, explicam Raiça e Oliveira (1990).

O Decreto 9.872 de 28/12/1938 criou-se o serviço da saúde escolar nele havia a seção higiene mental a qual organizava a assistência médico-pedagógica aos deficientes mentais.

A criação de classes especiais para alunos com deficiência mental e a forma de provimento delas foram regulamentadas primeiramente no decreto nº 31.136 de primeiro de março de 1958 e depois pela lei nº 5.936 de nove de novembro de 1960.

Foi criado o setor pedagógico especializados no ensino do deficiente mental na seção de higiene Mental do Serviço de Saúde Escolar pelo decreto nº 41.444 de quatorze de janeiro de 1963.

Depois, em 21 de novembro de 1966, com o decreto nº 47.186 criou-se o Serviço da Educação Especial, com o objetivo de “estudar, elaborar programas educacionais e normas destinadas às várias áreas de excepcionalidade, em cumprimento aos artigos 88 e 89 da Lei Diretrizes e Bases.” A Lei Diretrizes e Bases a que se refere os autores é de 1961, e os artigos são:

Art. 88. A educação de excepcionais, deve, no que for possível, enquadrar-se no sistema geral de educação, a fim de integrá-los na comunidade. (Revogado pela Lei nº 9.394, de 1996)

Art. 89. Toda iniciativa privada considerada eficiente pelos conselhos estaduais de educação, e relativa à educação de excepcionais, receberá dos poderes públicos tratamento especial mediante bolsas de estudo, empréstimos e subvenções. (Revogado pela Lei nº 9.394, de 1996)

Atualmente a LDB 93/94 tem em seu capítulo V nomeado da Educação especial onde garante atendimento de apoio especializado quando necessário, e o atendimento ao deficiente em lugares específicos apenas quando a integração não for possível.

No artigo 59 deste capítulo, a lei assegura que é dever do estado oferecer para os deficientes um currículo adequado, profissionais qualificados, e não diferenciar os deficientes dos outros alunos quanto aos benefícios ao acesso de programas sociais suplementares existentes.

Já na lei 13.146 de seis de julho de 2015, dispõe sobre o direito de toda pessoa com deficiência à educação em todos os níveis:

Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.

Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação.

Assim com o dispositivo é assegurado por lei o direito de qualquer pessoa com deficiência o direito de estar em uma sala de aula contemplando o seu aprendizado por toda a sua vida.

Com as mudanças acerca da inclusão foi criada uma legislação para os autistas a lei nº12764 de vinte sete de dezembro de 2012 deixa expresso quem são considerados pessoas com transtorno do Espectro Autistas:

Art. 1º Esta Lei institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista e estabelece diretrizes para sua consecução.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, é considerada pessoa com transtorno do espectro autista aquela portadora de síndrome clínica caracterizada na forma dos seguintes incisos I ou II:

I - deficiência persistente e clinicamente significativa da comunicação e da interação sociais, manifestada por deficiência marcada de comunicação verbal e não verbal usada para interação social; ausência de reciprocidade social; falência em desenvolver e manter relações apropriadas ao seu nível de desenvolvimento;

II - padrões restritivos e repetitivos de comportamentos, interesses e atividades, manifestados por comportamentos motores ou verbais estereotipados ou por comportamentos sensoriais incomuns; excessiva aderência a rotinas e padrões de comportamento ritualizados; interesses restritos e fixos.

§ 2º A pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais

Assim todas as pessoas com Transtorno do Espectro Autista são consideradas deficientes tendo os seus direitos garantidos na lei e seus espaços diante toda a sociedade.

2.1 Direito do aluno à Inclusão pedagógica em sala de aula

Stainback e Stainback (1999) descrevem o ensino inclusivo como a prática da inclusão de todos, sem exceção, nas salas de aula onde todas as necessidades dos alunos precisam ser satisfeitas .

Diante do Artigo 28 da lei 12764 e seus incisos todo tem direito de frequentar a sala de aula regular e ter o atendimento educacional especializado em todos os níveis de ensino.

Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

I - sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida;

II - aprimoramento dos sistemas educacionais, visando a garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena;

III - projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado, assim como os demais serviços e adaptações razoáveis, para atender às características dos estudantes com deficiência e garantir o seu pleno acesso ao currículo em condições de igualdade, promovendo a conquista e o exercício de sua autonomia;

Segundo os autores a inclusão faz com que os componentes da sala de aula se desenvolvam: o professor melhora a habilidade profissional, o deficiente prepara-se para a vida em comunidade e a sociedade vive conscientemente com o valor social da igualdade. Mas afirma que para que a inclusão escolar funcione "*os professores em geral e especializados, bem como os recursos, devem aliar-se em um esforço unificado e consciente.*" (STAINBACK, STAINBACK, 1999, p.21).

Denari (2008) enfatiza que a inclusão na educação especial só acontecerá quando a sociedade e os deficientes interagirem na ideia de que as diferenças não são representação de um problema, mas sim demonstram a pluralidade humana.

O erro da educação inclusiva, segundo o autor, é a escola não adaptar-se ao aluno e querer a adaptação do mesmo, já que nem ele consegue essa proeza, acaba-se por tornar a educação exclusiva.

Concordando sobre a pluralidade ser uma vantagem para a educação, Oliveira, Omote, Giroto (2008) explicam que as diferenças são o grande patrimônio da humanidade, dizem que as pessoas são diferentes em atributos, comportamentos, tendências e ações, e essas diferenças são de fontes ou de condições, podem fazer parte da variação genética, de condições provisórias, duradoras ou definitivas, entre outras.

Porém, frisam que nem toda diferença é vantajosa, e o caráter vantajoso ou não, se dá na relação das diferenças com o meio. A educação tem o papel de transformar e/ou permitir a transformação, e esse papel deve ser cumprido com todos os componentes dela, segundo os autores, é daí que se parte a educação inclusiva.

Zaniolo e Dall'Acqua (2012) falam da necessidade da educação para todos, frisam que para a educação ser para todos e torná-la inclusiva temos que reformulá-la já que a estrutura da educação foi criada para uma parcela específica da população considerada capaz de corresponder a certas expectativas.

Os autores dizem que a educação inclusiva requer uma ressignificação da escola, e é um processo que demanda tempo, informação e formação.

A inclusão é a sociedade percebendo que ao invés de um ser humano ideal existe um ser humano possível, independente de suas limitações; explicam Lodi, Harrison, Campos e Teske (2003). Para os autores a educação tem como o objetivo o conhecimento, devemos entender que o conhecimento é dar um ou um novo significado, e assim conhece-lo.

Enfatiza o que importa na educação inclusiva é o conhecimento, independente do tipo de conhecimento que o aluno adquire, se ele está conhecendo a educação está sendo inclusiva, neste sentido o aluno especial não precisa necessariamente saber resolver uma equação, primeiramente ele deve saber traçar os números e isso não é menos qualitativo.

Palhares e Marins (2002) definem a educação inclusiva como:

“uma proposta de aplicação prática ao campo da educação de um movimento mundial, denominado de inclusão social o qual é proposto como um novo paradigma e implica um processo bilateral no qual as pessoas excluídas e a sociedade buscam, em parceria, efetivar a equiparação de oportunidades para todos” (PALHARES e MARINS, 2002, p. 61).

Com a evolução de outras ciências que estudam o homem, começou-se de fato, a estudar e analisar o comportamento desses indivíduos (deficientes), o que desencadeia certo tipo de comportamento e influências sociais. Assim, buscou-se atitudes, programas e técnicas necessárias e eficazes para promover o desenvolvimento. Nesses casos a deficiência de “doença” passou para “condição”.

As autoras afirmam que a inclusão no país teve seu maior impacto na política educacional. Ainda que a educação inclusiva não tenha nascido com a educação especial, se aplica também a ela, já que sua clientela faz parte da população excluída da escola.

O Conselho Federal de Psicologia (2009) explica que ao nos referimos a inclusão, estamos falando de um conflito histórico e a um funcionamento social determinado pela exclusão. Percebemos então práticas de exclusão em uma sociedade desigual.

A educação inclusiva, segundo o Conselho, é a adoção de um novo paradigma apoiado no princípio da igualdade, garantindo a todos as mesmas oportunidades Gil (2005) afirma que a educação inclusiva é o resultado de muitas discussões, estudos e práticas no qual concluiu-se que a melhor resposta para os alunos é uma educação que respeite as características de cada estudante, que

ofereçam alternativas que atendam as necessidades educacionais dos alunos, e uma escola

2.2 Direito do autista em face das instituições de ensino

Raiça e Oliveira (1990), conceituando o deficiente e a sua educação, explica que a educação especial é uma área da educação geral, que utiliza recursos e métodos específicos para ensinar alunos que tenham alguma característica que os impedem de adaptar-se aos programas destinados as series de ensino.

Alguns aspectos considerados básico da educação especial segundo esses autores são *"1. A individualização do ensino 2.A inclusão da educação especial como parte da educação comum acrescida ou não de objetivos próprios 3.A equação de experiência de aprendizagem , ou curricular"* p. 4.

Frisando o diagnóstico, AMIRALIAN (2007) explica que alguns discordam que ele deve haver pois sendo diagnosticado, passa-se a reagir de acordo com diagnostico, outros consideram desumano, pois acabam com o relacionamento interpessoal inserindo comportamento preconceituosos. Outros esclarecem que não é diagnóstico, e sim é a sociedade que tem atitudes negativas em geral para com anormalidades ou algo fora do comum. A função da classificação para o autor é de organizar eventos de modo aceitável; detectar relações entre eventos isolados; descobrir elementos despercebidos.

Apesar de criticado, o diagnostico é valido para melhor compreensão e organização no estudo dos indivíduos excepcionais.

Raiça e Oliveira (1990) frisam que após o diagnóstico, a Educação Especial deve se esforçar para:

"Minimizar na medida do possível, as dificuldades específicas de seu desenvolvimento, decorrentes das características de sua excepcionalidade; Desenvolver adequadamente seu comportamento social a partir do ambiente social; Desenvolver a escolaridade compatível com suas características individuais, de forma que quando encaminhado para a classe comum, esteja apto a acompanhá-la adequadamente ou, quando mantido em classe especial –se esta for a melhor opção para seu caso- tem a garantia e continuidade escolar [...]" (RAIÇA e OLIVEIRA, 1990,p. 19).

Para Deficientes mentais, especificamente, os autores dizem que após o diagnóstico, deve-se perceber a melhor forma de escolarização a qual geralmente é de formas combinadas de atendimento e classe especial.

Definindo as modalidades de ensino especial Raiça e Oliveira (1990) explicam:

Classe especial: funciona em escolas regulares atendendo alunos com necessidades especiais. Deve apresentar ambiente físico adequado com profissional capacitado e proporcionar atendimento ao educando de ensino básico. Para essas classes são encaminhados alunos com deficiência mental leve; Sala de recursos: destinadas para alunos que frequentam a classe comum ou especial, para complementar as necessidades específicas. Neste caso visando os deficientes mentais, as atividades são voltadas para desenvolver tanto o motor quanto o físico e a conduta social adequada; Classe comum: atende todos os alunos, inclusive aqueles que com a ajuda pedagógica especializada consegue acompanhar a programação curricular.

Forma combinada de atendimento: classe especial e sala de recursos concomitantemente. A educação especial tem como objetivo desenvolver integralmente aluno e isso requer socialização, Raiça e Oliveira (1990) acreditam que bem as formas combinadas de ensino facilitam isso além de que a convivência com outros alunos contribui positivamente nesse aspecto.

Quanto às críticas dos não especiais serem prejudicados com a integração, Raiça e Oliveira (1990) explicam que a convivência com o deficiente mental enriquecerá as experiências das crianças comuns, ajudando-as a evoluir, desenvolvendo valores e formando atitudes de aceitação das diferenças individuais.

Frisam também que é importante que o corpo escolar esteja preparado para a integração, ou seja, deverá existir e ser planejado um projeto pedagógico que especifique como será desenvolvido o processo educacional dos alunos deficientes, é muito grande a importância de uma equipe de apoio para obter a integração do aluno especial na escola comum e a integração não se dá só pela escola. "*É necessário, portanto, que a sociedade de modo geral seja sensibilizada em relação ao deficiente*" (RAIÇA e OLIVEIRA, 1990, p.7). O entendimento de que a criança deficiente é um ser com determinadas capacidades deve ser geral.

Quanto ao planejamento e estrutura escolar, visando o professor, Palhares e Martins (2002) destacam alguns pontos na educação inclusiva que, segundo eles, são primordiais para que a educação do aluno seja qualitativa:

- necessita-se buscar meios para favorecer o papel do professor e não sobrecarregá-lo;
- o professor precisa ter e buscar o conhecimento e não apenas receber o aluno na sala;
- Há necessidade de formação continuada reflexiva e ações de avaliação bem como acompanhamento médico;
- Investir nos alunos “normais” para que eles sejam agentes ativos colaboradores no processo inclusivo.

Os autores reforçam dizendo que Inclusão não é só matricular, é necessário envolvimento amplo, investimento afetivo, sistemático, envolvendo a comunidade escolar como um todo, além das mudanças significativas na proposta educacional.

Raiça e Oliveira (1990), sobre a educação concordam com os autores acima e dizem que a criança com deficiência é capaz de aprender e realizar determinadas atividades, desde que sejam dadas as devidas oportunidades educacionais pelos educadores que devem estar bem preparados.

“A medida que proporcionamos ao aluno deficiente as oportunidades de desenvolver ao máximo suas capacidades, de conviver com outra criança, estamos também contribuindo para que, quando adulto, venha a ter um ajustamento social satisfatório” (RAIÇA e OLIVEIRA, 1990, p.8).

Algumas atitudes simples e práticas são capazes de ajudar e intensificar de modo favorável a aprendizagem e a convivência do autista na escola. No livro O processamento sensorial como ferramenta para educadores (2011) podemos contar com algumas dicas:

- Comunique-se visualmente com apoio de imagens painéis e desenhos
- Trabalhe com instruções claras, diretas e curtas
- Concretize a rotina de modo visual e objetos que gerem associações, siga-a e inclua modificações quando necessário mostrando previamente para seu aluno
- Prepare alternativas para realizações de uma atividade
- Acredite que seu aluno é capaz

3 METODOLOGIA

Este estudo foi desenvolvido através de pesquisa e leitura de bibliografia, artigos científicos e com finalidade de conhecer e identificar o direito legal da inclusão de alunos com transtorno do espectro autismo e sua inclusão a sala de aula.

Também de identificar se os profissionais estão aptos para receber estes alunos e garantir sua permanência efetiva dentro do ambiente escolar fazendo assim com que o mesmo seja incluso neste meio.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O numero de pessoas deficientes atualmente é alto, e uma parte significativa desse numero é deficiente intelectual, onde encontram-se os autistas. No decorrer dos tempos, esses deficientes passaram por místicos e duros julgamentos, até que a combinação da ciência e estudos de ensino e aprendizagem evoluíram e atualmente defendem uma vida com maior qualidade e oportunidades.

O autista, que luta por um diagnóstico preciso até hoje, assim como todo deficiente, pode e tem o direito de ser incluso e isso já foi provado pelas teorias de estudioso além de ser garantido por lei, porém; a educação para eles ainda é falha e frágil devido a uma educação especial mal estruturada.

A presente pesquisa mostrou que o professor da educação especial não tem condições nem de espaço físico e nem de conhecimento e aperfeiçoamento para fazer um trabalho de qualidade.

Uma formação continuada reflexiva é a base para que haja sucesso na educação especial, porém com as precárias condições do professor pouco se investe nisso. Vemos então que uma reforma educacional se faz necessária não apenas no ensino regular, mas também, se não principalmente, na educação especial, a fim de que os educadores tenham acesso diário e reflexivo sobre as práticas educacionais assertivas.

REFERÊNCIAS

MEC - *Ministério da Educação*. Disponível em <<http://portal.mec.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2019.

IBGE – *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>> Acesso em: 10 out. 2019.

AMIRALIAN, M. L.T.M. *Psicologia do Excepcional*. São Paulo: Editora Pedagógica e Universal LTDA, 2007.

BRASIL, *Lei de Diretrizes e Base*. Lei nº 4024/61 de 20 de dezembro de 1961.

BRASIL, *Lei de Diretrizes e Base*. Lei nº 9.394/96, de 20 de dezembro de 1996.

Brasil, *Lei Proteção dos Direitos da Pessoa com Espectro Autista*. Lei nº 12.764 de 27 de dezembro de 2012.

BRASIL, *Lei Brasileira de Inclusão de Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)*. Lei nº 13.146/15 de julho de 2015.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Educação Inclusiva: Experiências Profissionais em psicologia**. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2009.

DENARI, Fatima Elisabeth. **Igualdade, Diversidade e Educação (mais) inclusiva**. São Carlos: Pedro & João Editores, 2008.

GIL, Marta. **Educação Inclusiva: O que o professor tem a ver com isso?** São Paulo: Imprensa Oficial, 2005.

LODI, Ana Claudia Balieiro; HARRISON, Kathryn Marie Pacheco; CAMPOS, Sandra Regina Leite; TESKE, Ottmar. **Letramento e Minorias**. Porto Alegre: Mediação, 2003.

MARQUES, L. Pacheco. *O Professor de Alunos com Deficiência Mental: Concepções e Práticas Pedagógicas*. Campinas: Editora UFJF, 2001.

MOMO, Rodrigues B., SILVESTRE, Claudia, GRACIANI Zodja. *O Processamento Sensorial como Ferramenta para Educadores*. São Paulo: Editora Memnon, 2011.

OLIVEIRA, Anna Augusta Sampaio. OMOTE, Sadao. GIROTO, Claudia Regina Mosca. *Inclusão escolar: As contribuições da Educação Especial*. São Paulo: Cultura Acadêmica Editora, 2008.

PALHARES, M. Silveira. MARTINS, Simone. *Escola Inclusiva*. São Carlos: EduFscar, 2002.

RAIÇA, Darcy. OLIVEIRA, M. T. B. *A Educação Especial do Deficiente Mental*. São Paulo: Acadêmica Editora, 2008.

STAINBACK, Susan. STAINBACK, William. *Inclusão Um guia para educadores*. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

ZANIOLO, Leandro Osni. DALL'ACQUA, Maria Julia. *Inclusão Escolar: pesquisando políticas públicas, formações de professores e práticas pedagógicas*. Jundiaí: Paco Editorial, 2012.

[1] Docente mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru-
email: andrea.escarabelo@universidadebrasil.edu.br

PERSPECTIVA HISTÓRICA E FUNCIONAL DO SECRETARIADO GERAL DA ONU

GUILHERME SABINO NASCIMENTO

SIDRÔNIO DE SANTANA: Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, advogado

Resumo: O presente artigo acadêmico visa investigar e analisar as principais características do Secretariado-Geral da ONU, órgão de profunda importância para os estudos em Direito Internacional Público, dando-se ênfase às funções e poderes do Secretário-Geral, estrutura do Secretariado-Geral, e o conteúdo dos planos de ação dos Secretários-Gerais. Trata-se de uma pesquisa descritiva, cujo método empregado é o dedutivo, pois que se utiliza de um processo de análise de informação coletada das fontes oficiais da ONU para se obter uma conclusão. O trabalho foi realizado por meio de pesquisas bibliográficas na área de Direito, mais precisamente na área de Direito Internacional Público, além das fontes oficiais da ONU (sítios eletrônicos e documentos jurídicos).

Palavras-Chave: Direito Internacional Público. ONU. Secretariado-Geral.

Abstract: This academic article aims to investigate and analyze the main characteristics of the UN General Secretariat, an organ of profound importance for studies in Public International Law, with emphasis on the functions and powers of the Secretary General, structure of the General Secretariat, and the content of the action plans of the Secretaries-General. It is a descriptive research, the method used is the deductive one, since it uses a process of analysis of information collected from official UN sources to reach a conclusion. The work was carried out through bibliographic research in the area of Law, more precisely in the area of Public International Law, in addition to official UN sources (electronic sites and legal documents).

Keywords: Public International Law. UN. General Secretariat.

Sumário: 1. Introdução – 2. História – 3. Estrutura do Secretariado Geral das Nações Unidas – 4. Reuniões e Assembleias – 5. Funções e Poderes – 6. Secretário-Geral das Nações Unidas – 7. Planos de Ação dos Secretários-Gerais – 8. Fatores de Viabilização – 8.1 Melhor Aproveitamento de Todas as Parcerias em Todas as Atividades da ONU – 8.2 Reforço às Nações Unidas – 9. Imperativos e Oportunidades Geracionais – 9.1 Desenvolvimento Sustentável: Aceleração dos Progressos para Atingir os Objetivos do Milênio, Combate às Mudanças Climáticas, Promoção de um Consenso em Matéria de Desenvolvimento Sustentável Pós-2015 – 9.2 Prevenção – 9.3 Trabalhar

em Prol das Mulheres e dos Jovens – 9.4 Apoiar os Países em Transição – 9.5 Construção de um Mundo Mais Seguro por Meio da Inovação e do Desenvolvimento das Relações Internacionais Voltadas a Práticas Humanitárias – 10. Conclusão

1. Introdução

Com sede permanente em Nova York, o Secretariado Geral da ONU presta serviço a outros órgãos das Nações Unidas e administra os programas e políticas que elaboram. Este órgão tem como chefe o Secretário-Geral, que, nomeado pela Assembleia Geral, seguindo recomendação do Conselho de Segurança, desempenha importante papel, tanto nas questões técnicas e administrativas, quanto politicamente, dada a sua influência na organização da instituição junto aos Estados-Membros e o mundo exterior

O Secretariado Geral desempenha funções como administrar as forças de paz, analisar problemas econômicos e sociais e preparar relatórios sobre meio ambiente ou direitos humanos. Além disso, através da figura do Secretário-Geral, o órgão ainda pode notificar o Conselho de Segurança para qualquer assunto que possa ameaçar a manutenção da paz e da segurança internacional.

2. História

Ao longo dos anos, o Secretariado das Nações Unidas já foi ocupado por 9 Secretários-Gerais, das mais diversas culturas. Inclusive, embora tenha causado espanto a escolha de um cidadão de um país-médio na nomeação de Trygve Halvdan Lie, primeiro secretário-geral, pode-se verificar que isto acabou por se tornar uma tendência.

O primeiro Secretário-Geral, que ocupou o cargo de 1946 a 1952, como dito anteriormente, foi o norueguês Trygve Halvdan Lie, Ministro dos Negócios Estrangeiros do seu país. Antes de ocupar o cargo, Trygve foi secretário nacional do Partido Trabalhista, ministro da Justiça, ministro de Comércio e Indústrias e Ministro de Abastecimento e Navegação de seu país; porém, nunca foi um alto funcionário da organização, o que tornou sua escolha polêmica. No entanto, esta não foi a única: a permanência do norueguês no cargo, em 1950, foi vetada pela URSS, que tinha se indisposto com o Secretário em virtude da intervenção na Coreia. Mas Trygve Lie permaneceu no cargo até 1953, quando se chegou a consenso de um novo nome.

Em 10 de abril de 1953, assumiu Dag Hammarskjold, Sueco, que ficou no cargo até 18 de setembro de 1961. Protagonizou importantes momentos: em novembro de 1956, definiu as modalidades do cessar-fogo no Egito, mobilizando uma força internacional para intervir no país. Também, no final de 1956, introduziu

na ordem de trabalhos da Assembleia Geral a situação que se vivia então na Hungria; em 1958, teve um papel preponderante de gestão e mediação da situação criada pela Jordânia e Líbano e com consequências para a sociedade internacional no seu conjunto. Faleceu de forma trágica em 17 de setembro de 1961 devido a um acidente aéreo perto da fronteira da República Democrática do Congo com a Rodésia do Norte (atual Zâmbia), durante um esforço de paz na região

O terceiro a ocupar o cargo, ficando nele de 30 de novembro de 1961 a dezembro de 1971, foi U Thant, nascido na Birmânia, atual Mianmar. U Thant se destacou, principalmente, em dois casos: no impulso dado, em 1961, à mobilização de uma Força da ONU no Congo contra a secessão Katanguesa e cúmplices estrangeiros; e, em 1965, ao se revelar especialmente preocupado com a questão do Vietnã.

O quarto, que também ocupou o cargo por 10 anos (1 de janeiro de 1972 a 1981), Kurt Waldheim, era austríaco. Kurt já havia ocupado outros cargos na ONU antes de ser nomeado: foi representante permanente da Áustria na ONU (cargo que manteve até ser eleito secretário-geral) e presidente do Comitê sobre Usos Pacíficos do Espaço Sideral. Também ocupou os cargos de ministro das Relações Exteriores da Áustria e presidente do Comitê de Salvaguarda da Agência Internacional de Energia Atômica.

De 1982 a dezembro de 1991, quem ocupou o cargo foi o peruano Perez de Cuellar. Diplomata de profissão (serviu nas embaixadas do Peru na França, Reino Unido, Bolívia, União Soviética, Suíça, Polônia, Venezuela e Brasil), já tinha desempenhado o cargo de sub-secretário da organização. Foi no decurso do seu segundo mandato que caiu o muro de Berlim e foi oficialmente extinto o bloco Soviético. O seu papel na mediação da guerra do Golfo e no pedido de libertação dos reféns no Líbano foi paradigmático no reconhecimento da sua intervenção no dinamismo da Organização.

O sexto secretário-geral foi Boutros Boutros-Ghali, Egípcio, até então vice-presidente da internacional socialista, ocupando o cargo de janeiro de 1992 a 1996. Assume o cargo numa fase particularmente complicada para a Organização, já que era a atuação do Conselho de Segurança que estava a ser desafiada em termos de capacidades em um mundo pós-guerra fria. Exactamente pelo seu papel coincidente também com o pós-guerra do Golfo, a ação de Ghali desagradou aos EUA, que vetaram a sua reeleição. Não obstante, a Agenda para a Paz de Boutros-Ghali de 1992 tornou-se uma herança inequívoca para todo o trabalho da Organização. Tal caso demonstra como uma boa relação entre o SG e os membros permanentes do CS condiciona as reeleições dos mesmos.

Em 1997, é nomeado para o cargo Kofi Annan, de nacionalidade Ganesa, ficando no cargo até dezembro de 2006. Kofi Annan tem uma vasta história na organização, tendo ocupado, por exemplo, os cargos de representante especial do secretário-geral na antiga Iugoslávia e de enviado especial da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) antes de ser nomeado secretário-geral, tendo dedicado mais de 30 anos à organização. Sofreu acusações de fraude e corrupção no favorecimento de negócios petrolíferos do filho, mas desenvolveu um grande trabalho, sobretudo na tentativa de reforma da Organização, tendo, inclusive, sendo agraciado com o prêmio Nobel da paz em 2001.

Em 2007, foi nomeado o Coreano Ban Ki-Moon, oitavo secretário-geral da ONU. Tendo dedicado muitos dos 37 anos da sua carreira profissional ao ideal de uma península coreana pacífica, tentou convencer a Organização a atuar na resolução do conflito entre as duas Coreias. Antes de tomar posse, Ki-Moon já havia desempenhado muitas funções na ONU: ligado à ONU desde 1975, já foi funcionário da Divisão das Nações Unidas do Ministério dos Negócios Estrangeiros do seu país; Primeiro Secretário da Missão Permanente da República da Coreia junto da Organização das Nações Unidas em Nova Iorque; Diretor da Divisão das Nações Unidas no Ministério em Seul; Embaixador em Viena, em 1999; e Chefe de Gabinete do Presidente da Assembleia Geral, em 2001 e 2002.

O nono secretário da ONU é António Guterres, português que foi eleito para o mandato de 2017 a 2021. Ele atuou em importantes cargos no curso da sua carreira, como Primeiro-Ministro Português de 1995 a 2002; Presidente do Conselho Europeu; servindo ainda como Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados de junho de 2005 a dezembro de 2015.

3. Estrutura do Secretariado Geral das Nações Unidas

O Secretariado Geral das Nações Unidas é composto por um Secretário-Geral, o qual é indicado pela Assembleia Geral através de recomendação do Conselho de Segurança (sendo cabível a aplicação de veto). O órgão também é composto pelo pessoal de assessoramento exigido pela organização, que é escolhido por meio de nomeação pelo Secretário, sendo observadas regras estabelecidas pela Assembleia.

Cerca de 43 mil pessoas trabalham para o Secretariado, o qual é dotado de postos de trabalho ao redor do mundo. Como funcionários internacionais civis, as pessoas responsáveis pelo assessoramento, juntamente com o Secretariado, respondem exclusivamente à ONU por suas atividades, e fazem um juramento de não buscarem ou receberem instruções de nenhum governo ou autoridade externos.

O Secretariado Geral integra diversos escritórios. Dentre eles, destacam-se:

a) Escritório Executivo do Secretário-Geral: compreende o Escritório do Porta-Voz do Secretário-Geral; o Serviço de Protocolo e Relacionamento; o Escritório de Ética; o Escritório das Nações Unidas de Parcerias; e o Escritório do Pacto Global.

b) Escritório de Supervisão Interna de Serviços: é composto por uma Divisão Interna de Auditoria; uma Divisão de Inspeção e Avaliação; e uma Divisão de Investigação.

c) Escritório de Assuntos Jurídicos: é formado por um Escritório de Assessoria Jurídica; por uma Divisão Jurídica Geral; por uma Seção de Tratados; por uma Divisão de Codificação; por uma Divisão de Direito Comercial Internacional; e por uma Divisão de Questões Marítimas e de Lei do Mar.

d) Departamento de Assuntos Políticos: é formada por duas divisões responsáveis pela África; uma, pelas Américas; uma, pela Ásia e pelo Pacífico; uma, pela Europa; uma, pelo Oriente Médio e Ásia Ocidental; uma Divisão de Assistência Eleitoral; uma Divisão dos Direitos Palestinos; uma Divisão de Diplomacia e Mediação; uma Divisão de Assuntos do Conselho de Segurança; e uma Unidade de Descolonização.

e) Escritório de Assuntos relacionados ao Desarmamento: é formado por diversos ramos, como o ramo que lida com armas de destruição em massa; o que lida com armas convencionais; o ramo responsável pela informação; ramo regional de desarmamento; ramo de suporte do Secretariado e da Assembleia na conferência sobre desarmamento.

f) Departamento de Operações de Pacificação: conta com escritórios de operações. Há duas divisões na África, uma para a Ásia e Oriente Médio e uma divisão para a Europa e América Latina. Possui ainda um escritório de assuntos militares, bem como um escritório para garantia da lei e das instituições. Este último envolve uma divisão policial; um serviço relativo às minas terrestres; uma seção de desarmamento, desmobilização e reintegração; e uma divisão de assessoria penal e judicial. Conta, por fim, com uma divisão de diplomacia, avaliação e treinamento.

g) Departamento de Apoio das Operações de Campo: formado por uma divisão do pessoal de campo; uma divisão responsável pelo orçamento e pelas finanças; uma divisão de apoio logístico; e por um serviço de comunicação e tecnologia da informação.

Também merecem menção o Escritório de Coordenação de Questões Humanitárias, o Departamento de Questões Econômicas e Sociais; o Departamento para administração da Assembleia Geral e Conferências; o Departamento de

Informação ao Público; o Departamento de Segurança e Seguridade; e o Departamento de Administração.

4. Reuniões e Assembleias

Em decorrência do fato de que o Secretariado-Geral é, inegavelmente, um órgão administrativo, sua participação nas reuniões dos mais diversos outros órgãos da ONU faz-se necessária, levando-se em conta que o secretariado, por dever funcional, presta serviços e suporte a todos eles (órgãos da ONU). Ressalte-se aqui também a atuação, inerente ao Secretariado de organizar e gerenciar conferências internacionais, sendo também incumbido de apresentar um relatório anual perante a Assembleia Geral, contendo informações acerca do trabalho realizado pela Organização.

Os planos de ação dos secretários-gerais contêm informações sobre os problemas internacionais, sempre sendo exposto como objetivo a convocação de uma reunião de alto nível humanitária mundial para ajudar a compartilhar conhecimentos e estabelecer boas práticas comuns entre diversas organizações que se dedicam a atividades humanitárias.

5. Funções e Poderes

O Secretariado-Geral é responsável por uma administração ampla, pesada e com muitas responsabilidades burocráticas e técnicas. O Secretário-Geral da ONU não deve ser influenciado por nenhum dos Estados-Membros, havendo restrição, igualmente, para os seus assessores e o conjunto de funcionários internacionais que estão a serviço da organização internacional. Para tanto, usufruem de imunidades diplomáticas e respondem perante as Nações Unidas.

Além de suas funções administrativas, pode exercer grande influência dentro da organização junto aos Estados-Membros e perante o mundo exterior. Suas iniciativas, declarações e tomadas de posição transformam-no num dos mais importantes personagens da política internacional.

O Secretariado presta serviço a outros órgãos das Nações Unidas e administra os programas e políticas que elaboram. As suas funções são vastas e ultrapassam as questões administrativo-burocráticas, desempenhando um importante papel na diplomacia preventiva (bons ofícios). Desde logo, o Secretariado, através do Secretário-Geral, pode apresentar ao Conselho de Segurança qualquer assunto que, na sua opinião, ameace a paz mundial, embora compita ao Conselho de Segurança autorizá-lo a tomar medidas.

Às funções administrativas, associam-se as naturais funções políticas, que podem assumir três dimensões. Primeiro, uma dimensão representativa, sendo esta a dimensão que melhor protagoniza, para a sociedade civil global, o rosto da Organização, pelo desenvolvimento de, pelo menos, cinco eixos de ação: 1) celebração de acordos entre a ONU e um Estado para a sediação de órgãos ou organismos no seu território; 2) celebração de acordos com outras Organizações após deliberação da AG e do CES; 3) celebração de acordos de tipologia funcional, como a realização de uma reunião ou conferência de um determinado Estado, ou 4) acordos que permitirão a passagem ou circulação de forças pelo território de um Estado; e 5) a creditação dos representantes em outras organizações, nomeação de representantes pessoais, a título pessoal, a pedido da AG ou do CS ou com a sua autorização.

Em segundo, existe a dimensão diplomática. O art. 99 da Carta das Nações Unidas reconhece ao Secretário-Geral o direito de suscitar a atenção do Conselho de Segurança para situações de crise ou simplesmente a possibilidade de inscrever na ordem de trabalhos da AG os pontos de discussão que considera relevantes.

Artigo 99º

O Secretário-Geral poderá chamar a atenção do Conselho de Segurança para qualquer assunto que em sua opinião possa ameaçar a manutenção da paz e da segurança internacionais.

Em terceiro, há a dimensão operacional. Independentemente do CS ou da AG mandatarem expressamente o Secretariado no sentido de desempenhar uma missão diplomática específica, o Secretariado pode se auto investir do poder de iniciativa de decreto de uma ação humanitária ou assistência técnica sem a autorização prévia de um órgão intergovernamental, por considerar que tal se coaduna com as suas competências.

Dessa forma, em resumo, pode-se apresentar como suas principais funções:

- Administrar as forças de paz;
- Analisar problemas econômicos e sociais;
- Preparar relatórios sobre meio ambiente ou direitos humanos;
- Sensibilizar a opinião pública internacional sobre o trabalho da ONU;
- Organizar conferências internacionais;

- Traduzir todos os documentos oficiais da ONU nas seis línguas oficiais da Organização.

6. Secretário-Geral das Nações Unidas

O Secretário-Geral é selecionado pela Assembleia Geral diante da recomendação do Conselho de Segurança. A escolha desta é levada novamente a apreciação do Conselho, tendo seus membros o direito de veto à indicação (Organização das Nações Unidas, 2019a). Muitas críticas se fazem à falta de transparência na escolha dos candidatos, bem como ao papel central de decisão por parte do Conselho de Segurança em detrimento da Assembleia Geral.

Segundo a carta constitutiva da ONU, em seu art. 97, o Secretário-geral será o principal funcionário administrativo da Organização. Está é uma definição um tanto quanto vaga e imprecisa, seja pelas múltiplas funções que seu ocupante pode exercer dentro da estrutura, seja pelo papel ativo que este tem nas relações internacionais. A Carta das Nações Unidas não fala do tempo do mandato, mas a Resolução 11, da Assembleia Geral de 1946, estabeleceu para a eleição do primeiro Secretário-Geral um prazo de cinco anos, renovável por mais cinco. Hoje, não temos uma disposição expressa que determine o tempo de mandato ou sua renovação, mas a situação presente na primeira nomeação se manteve costumeiramente. Até hoje, o único Secretário que ameaçou exceder o período de dez anos no cargo foi Kurt Waldheim, da Áustria, que teve a candidatura ao terceiro mandato vetada pela China (Security Council Report, 2019).

A partir de 1961, procurou-se criar uma rotatividade por continente na ocupação do cargo, por isso, até hoje, houve quatro europeus, dois asiáticos, dois africanos e um latino-americano como Secretário-Geral. Interessante notar a preocupação com a diversidade cultural para o exercício da função mais importante das Nações Unidas, diferentemente do que ocorre com a diversidade de gênero, visto que nenhuma mulher ocupou tal cargo, apesar de recentes campanhas para aumentar sua participação nas funções de administração e liderança da organização (Chicago Tribune, 2019). Nesse sentido, destaca-se a Resolução 51/241 da Assembleia Geral de 1997, que, ao menos formalmente, tratou da questão da seguinte forma:

“59. In the course of the identification and appointment of the best candidate for the post of Secretary-General, due regard shall continue to be given to regional rotation and shall also be given to gender equality.

A respeito das atividades inerentes ao cargo, o Secretário participa das reuniões da Assembleia Geral, do Conselho de Segurança, do Conselho Econômico e Social e do Conselho de Tutela, que definem funções a serem exercidas por ele. De acordo com o art. 98 da Carta da ONU, o Secretário-Geral fará um relatório anual à Assembleia Geral sobre os trabalhos da Organização. Seguindo as diretrizes da Resolução supracitada, de 1997, tal relatório conterà um exame minucioso das metas que foram adequadamente alcançadas pela Organização, bem como a definição precisa dos objetivos que serão perseguidos no ano seguinte diante das prioridades estabelecidas pelos Estados-membros e das circunstâncias políticas, sociais, econômicas, financeiras e administrativas.

No entendimento das Nações Unidas, além do papel de “CEO”, o Secretário-Geral ainda assumiria igualmente a posição de diplomata, servidor público e defensor dos interesses dos cidadãos, principalmente os mais necessitados (Organização das Nações Unidas, 2019c). É por isso que ele deve estar em constante diálogo com líderes mundiais e outras organizações internacionais, informado sobre as principais questões que interessam à Instituição.

Apesar de pouco explanada, para essa função, o art. 99 da Carta estabelece que o Secretário poderá notificar (“chamar a atenção”) do Conselho de Segurança para qualquer assunto que em sua opinião possa ameaçar a manutenção da paz e da segurança internacional. Portanto, diante dessas duas tarefas primordiais do Secretário presentes na Carta das Nações Unidas, percebemos que, basicamente, a importância desse cargo se divide em dois âmbitos: o administrativo (da organização) e o diplomático, num papel político de mediador de interesses para a resolução de tensões.

7. Planos de Ação dos Secretários-Gerais

São notadas, há algum tempo, mudanças estruturais (econômicas, sociais, políticas) em nossa sociedade, além de mudanças climáticas; mudanças essas que alteram a geografia humana e física de uma forma sem precedentes. Ainda, há o surgimento de novos centros econômicos (aliado a mudanças demográficas); contestação do “contrato social” ao qual estão submetidos entes da sociedade civil, e que fazem eclodir, por todo o mundo, manifestações populares; mudanças tecnológicas e organizacionais, que interferem direta e radicalmente na organização do trabalho e nas relações trabalhistas; além, é claro, de mudanças climáticas, que alteram a fauna e a flora, e colocam diversos animais e plantas em risco de extinção. São esses alguns exemplos de mudanças e alterações na geopolítica macroeconômica mundial.

Esses processos estão todos interligados, e tornam-se cada vez mais complexos, exigindo uma parceria, não só entre a sociedade civil organizada, mas também entre os países, que terão de trabalhar juntos em uma base marcada pela cooperação e pela solidariedade.

A ONU possui uma posição privilegiada neste aspecto, facilitando um diálogo universal entre os diversos grupos de países e mobilizando novos grupos interessados para participarem do processo, podendo criar propostas integradas de solução desses dilemas, além de poder entabular formas de colaboração positivas para gerir ameaças e bruscas mudanças. Desse modo, os planos de ação dos Secretários da ONU defendem a mobilização de todos os setores da ONU (político, financeiro, recursos humanos), visando a concretizar uma colaboração mundial. Estes planos descrevem medidas específicas aos dois principais fatores de viabilização e às cinco oportunidades geracionais, sendo eles explanados nos tópicos seguintes.

8. Fatores de Viabilização

8.1 Melhor Aproveitamento de Todas as Parcerias em Todas as Atividades da ONU

Dentre os fatores de viabilização, há a proposta de desenvolver e intensificar a capacidade de interação, tanto entre os parceiros tradicionais, quanto entre novos e múltiplos parceiros. Isso se dará com a criação de um novo Fundo de Parceria das Nações Unidas, que possibilitará a responsabilização e a concretização de compromissos, com a utilização dos meios de comunicação social e com a consolidação de funções que criarão uma interação coesa e coerente de parceria com base no Pacto Global.

8.2 Reforço às Nações Unidas

Esse reforço se dará na medida em que se assegurará um cumprimento mais eficaz dos mandatos, além de se desenvolver uma maior atividade, e, tendo em vista as limitações de recursos, far-se-á isso através de iniciativas de gestão de mudanças, facilitando a revisão do processo orçamentário. Há também a proposta de construção de um corpo de funcionários mais dinâmico e moderno, com pessoas mais capacitadas, que interajam nos campos financeiro, humano e físico, tendo como princípio a unidade. Simplificar o processo de elaboração do orçamento e criar um método de análise de gestão de riscos, através de uma abertura e flexibilização da ONU, fazem parte dessa proposta.

Tudo isso será feito também com o aumento e o investimento de/em segurança e a criação de fórmulas de análise de ameaças à segurança de membros

da ONU, além do fornecimento de apoio a funcionários afetados por traumas, devido a atuação em áreas de risco.

9. Imperativos e Oportunidades Geracionais

9.1 Desenvolvimento Sustentável: Aceleração dos Progressos para Atingir os Objetivos do Milênio, Combate às Mudanças Climáticas, Promoção de um Consenso em Matéria de Desenvolvimento Sustentável Pós-2015

Combater a obesidade infantil, as doenças mais mortíferas (malária, HIV, poliomielite, sarampo etc), com a mobilização de recursos financeiros e humanos à medida do problema, além de promover políticas mundiais para redução do analfabetismo, da pobreza, das desigualdades, desenvolvendo esforços com os países com necessidades diferenciadas, estão dentro de uma macropolítica mundial de desenvolvimento sustentável. Tem-se, para o combate às mudanças climáticas, a proposta de políticas voltadas para a facilitação de ações que promovam o cumprimento de acordos sobre redução de emissão de gases poluentes, redução da degradação florestal e diminuição do desflorestamento. Fora isso, tem-se também a proposta de utilização da climatologia para formular e promover pesquisas, as quais serão usadas para construção de políticas ambientais.

Por fim, há as propostas de dar continuidade aos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, formulando novos objetivos de desenvolvimento sustentável e mobilizando toda a ONU para apoiar estratégias mundiais, regionais e nacionais para melhor fundamentar o desenvolvimento sustentável. Dentre os tantos projetos, pode-se destacar: acesso universal a serviços energéticos modernos, investindo em energias renováveis e melhorando a taxa de eficiência energética (iniciativa “Energia Sustentável para Todos”); tornar a Antártica uma reserva natural mundial; convocar os operadores do setor de transporte (aéreo, marítimo, terrestre, ferroviário) para desenvolver sistemas de transportes mais sustentáveis, tentando, assim, solucionar os problemas de congestionamento e poluição; acesso universal à água e ao saneamento; e adotar objetivos sobre a segurança alimentar e nutricional

9.2 Prevenção

Este ponto diz respeito à “prevenção” de uma forma geral, sobre todos os problemas existentes que afetem significativamente a vida de cada integrante do planeta. Dentre as propostas, encontram-se: apoiar o desenvolvimento e execução de planos de redução dos riscos de catástrofes, com especial atenção para os países mais vulneráveis; definir as prioridades em termos de prevenção de conflitos através da articulação e da coleta de informações prestadas, facilitação de diálogo, e mobilização de escritórios de mediação; reforçar a resiliência dos países aos choques

econômicos e financeiros externos; e a promoção de uma abordagem em matéria de prevenção de violação de direitos humanos.

9.3 Trabalhar em Prol das Mulheres e dos Jovens

Fim da violência contra as mulheres, com políticas de criminalização da violência, reparação e compensação para as vítimas, e garantia de acesso à justiça; promoção da inclusão e da participação das mulheres na política, incentivando todos os países a promoverem a paridade de gênero na política, e na recuperação social e econômica, envolvendo questões relacionadas a sucessão, salários, prestação de cuidados às crianças etc; além, é claro, da criação de programas que visem à inclusão de jovens no que diz respeito à oportunidade de empregos, empreendedorismo, política, cidadania etc. São esses os projetos propostos pelo Secretariado Geral da ONU e desenvolvidos pelos demais órgãos e programas da Organização.

9.4 Apoiar os Países em Transição

Esse apoio se dará com base na solidariedade e no cooperativismo, aprofundando-se a colaboração estratégica e operacional com organizações financeiras, bancos de desenvolvimento regional, organizações internacionais e regionais; apoiando “pactos de transição”, em países com ambientes frágeis e de conflitos; promovendo e estabelecendo o desenvolvimento de um sistema internacional de justiça penal; e defesa e consolidação de regimes democráticos e práticas democráticas.

9.5 Construção de um Mundo Mais Seguro por Meio da Inovação e do Desenvolvimento das Relações Internacionais Voltadas a Práticas Humanitárias

Em um mundo com respeito aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana, é imperioso que haja o combate às ameaças do crime organizado, da pirataria, do tráfico de drogas e do terrorismo; o desarmamento e a não proliferação de armas nucleares, de destruição em massa e das convencionais; além da construção de um sistema humanitário mundial, com transparência na ajuda, e reforço na colaboração entre as organizações humanitárias. Este é o quinto imperativo e oportunidade geracional apresentado nos planos de ações dos Secretários da ONU.

10. Conclusão

Pela consideração de todos os aspectos apresentados na presente exposição, percebe-se que um dos maiores diferenciais do Secretariado-Geral, em comparação aos demais órgãos das Nações Unidas, é que ele atua em caráter permanente e não é constituída apenas por representantes de Estados na defesa de seus interesses para

que, transigindo com representantes de outros Estados, possam alcançar suas próprias aspirações. A maioria dos demais setores segue a lógica da conciliação, enquanto este é regido pela cooperação.

O Secretariado é composto por dezenas de milhares de cidadãos e funcionário espalhados por 193 países que trabalham não por um Estado, mas pelo sucesso da ideologia propagada pela Organização das Nações Unidas. Todos caminham na mesma direção em defesa de interesses coletivos, fazendo juramento de fidelidade apenas à ONU e à causa humanitária.

Por estes motivos, o Secretariado-geral é, hoje, uma das divisões mais reconhecidas internacionalmente, que influenciou sobremaneira as relações internacionais nos últimos anos e direcionou a atuação da ONU. Muito além de simples órgão administrativo, o Secretariado pretende seguir como protagonista na busca de soluções para futuras questões relacionadas às estruturas geopolíticas, tecnológicas e organizacionais, em defesa da paz e dos direitos humanos.

Referências Bibliográficas

CHICAGO TRIBUNE. *Leaders making world of difference*. Disponível em: <http://articles.chicagotribune.com/2007-04-11/features/0704090148_1_women-in-leadership-positions-haitian-journalist-world-body>. Acesso em 01 de janeiro de 2019.

ONUBR. *Como Funciona?* Disponível em: <<http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/como-funciona/>>. Acesso em 01 de janeiro de 2019.

ONUBR. *Ex-secretários gerais*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/o-secretario-geral/anteriores/>>. Acesso em 01 de janeiro de 2019.

ONUBR. *O Secretário-geral*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/o-secretario-geral/>>. Acesso em 01 de janeiro de 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Appointment process*. Disponível em: <<http://www.un.org/sg/appointment.shtml>>. Acesso em 01 de janeiro de 2019a.

_____. *Secretariat*. Disponível em <<http://www.un.org/en/mainbodies/secretariat/>>. Acesso em 01 de janeiro de 2019b.

_____. *The role of the Secretary-General*. Disponível em: <http://www.un.org/sg/sg_role.shtml>. Acesso em 01 de janeiro de 2019c.

OSÓRIO, Luiz Felipe Brandão. *A estrutura da Organização das Nações Unidas e seus desafios contemporâneos*. reforma institucional e proteção de direitos humanos. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13708>. Acesso em 01 de janeiro de 2019.

Resolução 51/241 da Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/SGE%20A-1997-51-241.pdf>>. Acesso em 01 de janeiro de 2019.

Secretariado: um dos principais órgãos da ONU. Disponível em: <<http://www.portaleducacao.com.br/direito/artigos/33417/secretariado-um-dos-principais-orgaos-da-onu>>. Acesso em 01 de janeiro de 2019.

SECURITY COUNCIL REPORT. *Special Research Report: Appointment of a New Secretary-General*. Disponível em: <<http://www.securitycouncilreport.org/special-research-report/lookup-c-glKWLeMTIsG-b-1426023.php?print=true#top>>. Acesso em 01 de janeiro de 2019.

XAVIER, Ana Isabel et al. *A Organização das Nações Unidas*. Coimbra: EMS – Estranho Mundo dos Signos, 2007.

XAVIER, Ana Isabel; OLIVEIRA, Gonçalo e outros. *A Organização da Nações Unidas*. Publicações Humanas: Coimbra. 2007.

ANÁLISE DA SANÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA MODALIDADE DOLOSA E CULPOSA

LARISSA DIAS FERNANDES¹
HANALLA MARIELLY SOUZA²
LAUDICÉIA CONSTÂNCIA MARINHO SARTORI³
MÁRCIA APARECIDA RIBEIRO⁴
SIDRIANA MEIRA COSTA LOPES⁵
(coautores)

RESUMO: Esta pesquisa foi desenvolvida com a finalidade de analisar a valoração dos princípios norteadores do direito administrativo nas condenações pela prática de atos de improbidade administrativa pelo órgão julgador, aplicados independentemente da obrigação econômica de ressarcir o erário, quando for o caso, para que surta o efeito punitivo no âmbito subjetivo da pena. Como também a possibilidade de um tratamento equânime pelos tribunais no julgamento de ações de por ato de improbidade, prevalecendo o princípio da intolerância para fins da eficácia da LIA. Com destaque em relação a aplicação da sanção nos casos em que figurar o agente público como sujeito passivo ou ativo no ato improprio ainda que apenas para surtir o efeito punitivo de caráter pedagógico, observando os princípios da individualização da pena, razoabilidade e proporcionalidade.

Palavras-chave: Princípios. Ato de improbidade administrativa. Sanção. Prescrição.

ABSTRACT: This research was developed with the goal to analyze the valuation of the guiding principles of the administrative law in the condemnations by the exercise of administrative improbity act by the judging committee, applied regardless of the economic obligation of reimburse the treasury, when it is the case, to apply the penalization effect in the subjective area of the penalty. As well as the possibility of an equal treatment by the courts in the judgment of the improbity actions, prevailing the intolerance principle to the efficiency of the LIA. Highlighting the application of the sanction in the cases that figure the public employee as passive or active subject

¹ Acadêmica do 10º período do curso de Direito no UniSL/Ji-Paraná. E-mail: l_dias.f@hotmail.com

² Acadêmica do 8º período do curso de Direito no UniSL/Ji-Paraná. E-mail: s.hanalla@hotmail.com

³ Acadêmica do 9º período do curso de Direito no UniSL/Ji-Paraná. E-mail: laudiceianbo@outlook.com

⁴ Acadêmica do 9º período do curso de Direito no UniSL/Ji-Paraná. E-mail: marcia.ribeiropp@hotmail.com

⁵ Acadêmica do 9º período do curso de Direito no UniSL/Ji-Paraná. E-mail: sidriany@hotmail.com

at the administrative improbity act, even though just to punish as a pedagogical nature, observing the principles of the individualizations of the penalty, reasonability and proportionality.

Keywords: Keywords: Principles. Administrative improbity act. Sanction. Prescription.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo foi desenvolvido com a finalidade de analisar a eficácia da lei da lei nº 8.429/92, especificamente o ato de improbidade administrativa quanto a sanção na modalidade dolosa e culposa e seus reflexos de caráter pedagógico, bem como da prescrição do dever de ressarcir o erário no ato de improbidade administrativa.

Sabe-se que a jurisprudência atual do STF, entende que há a obrigatoriedade de ressarcir o erário público quando praticado o ato de improbidade administrativa, porém, esse dever só se dá quando comprovado o dolo eventual ou genérico, ou seja, a probabilidade de o indivíduo ressarcir a administração pública é muito pequena, porque nesse tipo de ação há dificuldade considerável de ser comprovado o dolo, caracterizado pelo elemento subjetivo do ato praticado pelo agente.

Contudo, a importância desta pesquisa é identificar os efeitos da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa no caso concreto com base no julgamento do STF sobre a matéria, especialmente sobre o prazo de prescrição, bem como dos entendimentos jurisprudenciais de forma a comprovar a insatisfatoriedade da eficácia da citada lei.

A administração pública, é um bem do povo, que deve ser cuidada por agentes públicos probos, respeitando os princípios e deveres com honestidade, porém isso nem sempre acontece, infelizmente, muitos destes agem de má fé, ferindo os princípios e lesando o erário público, e conseqüentemente traz prejuízo para a coletividade como um todo, incluindo ele próprio, como contribuinte e cidadão.

A Lei de Improbidade apresenta um rol exemplificativo com previsão específica de condutas do agente que importam em negligência, imprudência ou imperícia com a res pública, entretanto esses requisitos não são suficientes para ensejar a condenação destes na esfera cível, seja na obrigação e reparar economicamente o dano causado, seja na punição subjetiva do ato, no caso da aplicação de multa civil e outras penalidades no âmbito administrativo, como suspensão dos direitos políticos, impossibilidade de firmar contrato com entidades

públicas, entre outras que influi diretamente no caráter pedagógico da pena, pois a interpretação do STF, é que reste comprovado que o agente agiu com dolo ou culpa grave para, então, caracterizar o fato típico definido como ato de improbidade, com produz reflexos direto no prazo prescricional.

Por consequência, o lapso temporal da prescrição está condicionado a caracterização do ato ímprobo, de forma que, caso o autor da ação não consiga demonstrar elementos condenatórios suficientes que configure a má-fé do agente, a prescrição não será alcançada pela imprescritibilidade da obrigação de ressarcimento ao erário e ocorrerá em 05 (cinco) anos.

Nesse sentido, verifica-se que a penalidade do agente que pratica uma conduta ímproba é mensurada pela dimensão do dano econômico e patrimonial, bem como pela comprovação da presença dos elementos subjetivos da ação: dolo eventual e genérico ou culpa, requisitos necessários para identificar o lapso temporal da prescrição do dever do réu em ressarcir o erário público.

A administração pública, é um bem do povo, que deve ser cuidada por agentes públicos probos, respeitando os princípios e deveres com honestidade, porém isso nem sempre acontece, infelizmente, muitos destes agem de má fé, ferindo os princípios e lesando o erário público, e conseqüentemente traz prejuízo para a coletividade como um todo, incluindo ele próprio, como contribuinte e cidadão.

A Lei de Improbidade apresenta um rol exemplificativo com previsão específica de condutas do agente que importam em negligência, imprudência ou imperícia com a res pública, entretanto esses requisitos não são suficientes para ensejar a condenação destes na esfera cível, seja na obrigação e reparar economicamente o dano causado, seja na punição subjetiva do ato, no caso da aplicação de multa civil e outras penalidades no âmbito administrativo, como suspensão dos direitos políticos, impossibilidade de firmar contrato com entidades públicas, entre outras que influi diretamente no caráter pedagógico da pena, pois a interpretação do STF, é que reste comprovado que o agente agiu com dolo ou culpa grave para, então, caracterizar o fato típico definido como ato de improbidade, com produz reflexos direto no prazo prescricional.

Por consequência, o lapso temporal da prescrição está condicionado a caracterização do ato ímprobo, de forma que, caso o autor da ação não consiga demonstrar elementos condenatórios suficientes que configure a má-fé do agente, a prescrição não será alcançada pela imprescritibilidade da obrigação de ressarcimento ao erário e ocorrerá em 05 (cinco) anos.

Nesse sentido, verifica-se que a penalidade do agente que pratica uma conduta ímproba é mensurada pela dimensão do dano econômico e patrimonial, bem como pela comprovação da presença dos elementos subjetivos da ação: dolo eventual e genérico ou culpa, requisitos necessários para identificar o lapso temporal da prescrição do dever do réu em ressarcir o erário público.

2 METODOLOGIA

A pesquisa está classificada como básica e suas fontes serão basicamente, bibliográficas e jurisprudenciais. Contudo, não se absterá de outras fontes, tendo como base a natureza exploratória e descritiva, mas sempre com ênfase nas decisões mais recentes. Será desenvolvida pelo método dedutivo por intermédio de pesquisa qualitativa tendo por fontes a legislação, doutrina e jurisprudenciais correlatas, os quais serviram para fundamentar os registros dos conceitos.

3 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

3.1 Distinção de atos governamentais e atos administrativos

O poder público tem como finalidade administrar de forma proba os bens e serviços destinados as necessidades da população, que confia aos gestores por através do exercício da democracia essa responsabilidade, cabendo aos administradores desenvolverem suas atividades sob a égide dos princípios que norteiam os atos da administração pública, bem como o que a lei determina, sob pena de sanções administrativa, civil e penal.

A organização administrativa projeta-se na execução dos serviços públicos com vistas ao interesse e satisfação da coletividade, podendo ser exercidos por setores públicos ou privados de relevância pública e para o bem comum.

Os atos governamentais e os atos administrativos não se confundem; ambos têm características próprias. Doutrinariamente, o primeiro desenvolve atividade política e o segundo, administrativa, como bem define Oliveira (2015, p. 270):

O ato administrativo é a manifestação unilateral de vontade da Administração Pública e de seus delegatários, no exercício da função delegada, que sob o regime de direito público, pretende produzir efeitos jurídicos com o objetivo de implementar o interesse público.

Por outro lado, os atos políticos são caracterizados da seguinte forma: a) relacionam-se com o exercício da função política; b) são editados pelos Poderes Executivo e Legislativo; c) integram o Direito Constitucional. Podem ser mencionados

os seguintes exemplos de atos políticos: sanção e veto de projetos de leis, declaração de guerra etc.

Assim, definem-se basicamente os atos administrativos e de governo dentro da organização administrativa.

A administração pública é formada por órgãos investidos de poder para gerir bens e serviços públicos voltados para a satisfação das necessidades da coletividade constitucionalmente garantidas, como o direito a saúde, educação, lazer, segurança etc.

3.2 Agente público e a administração pública

A literatura de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019, p. 194-196) atribui ao conceito de Administração Pública dois sentidos, o objetivo e o subjetivo, a saber:

Assim, em sentido material ou objetivo, a Administração Pública pode ser definida como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico total ou parcialmente público, para a consecução dos interesses coletivos. [...] em sentido subjetivo, como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.

Nesse sentido, percebe-se definidamente que a principal atividade do agente público no exercício da função atribuída ao órgão que representa é zelar pelo bem público sob a observância da lei e dos princípios que regem a Administração Pública, submetidos estão de igual forma os agentes políticos, ainda que investidos em cargos com atribuições, prerrogativas e responsabilidades próprias. Estende-se a figura de agente público a pessoa física que presta serviço para a administração direta ou indiretamente, bem como a pessoa jurídica, conforme previsão no artigo 1º, da Lei de Improbidade Administrativa, *in verbis*:

Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Na atualidade, o excesso de poder dos administradores públicos dificulta a fiscalização e controle jurisdicional pelos órgãos competentes, a exemplo da garantia de foro privilegiado aos agentes políticos.

3.3 Princípios da administração pública

O artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa traz um rol exemplificativo dos atos que atentam contra os princípios da administração pública, a saber:

Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas;

IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação;

X - transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Entre outros princípios implícitos na Constituição Federal, temos expressamente previstos os princípios da Legalidade, impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, os quais são investidos de eficácia jurídica e norteiam os atos da Administração Pública. Assim, atentar contra qualquer deles implica dizer que o agente incorreu em ato de improbidade de forma dolosa ou culposa, sob pena de responsabilização penal, cível e administrativa.

3.4 Da indispensável demonstração do dolo e culpa do agente para a configuração do crime de Improbidade Administrativa

Para melhor interpretação deste tópico, importante mencionar que o elemento do dolo está previsto no artigo 18, inciso I, do Código Penal, o qual prevê *que o crime é doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo, assim, em síntese, é verificado como a vontade livre e consciente de querer praticar uma conduta descrita em uma norma penal incriminadora.*

Por outro lado, a culpa está disposta no artigo 18, inciso II, do Código penal, no qual especifica que o crime é *culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia*, pode ser caracterizada como a violação ou inobservância de uma regra ou dever objetivo de cuidado, que produz um dano aos direitos de outros.

Pois bem. Conforme no art. 10, *caput*, da Lei específica de Improbidade administrativa, assegura que *constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, **dolosa ou culposa**, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas* no art. 1º da mencionada lei, e notadamente ne encaixar em alguma hipóteses previstas em seus incisos.

É mister frisar que em junho de 2019 entrou em vigor o Decreto nº 9.830, tratando acerca da responsabilização do agente público na hipótese de dolo ou erro grosseiro e regulamentando o disposto no art. 20 a 30 da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Neste sentido, a partir de tal regulamentação, ficou estabelecido que:

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação

ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.

§ 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.

§ 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.

§ 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.

§ 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

§ 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

§ 8º O disposto neste artigo não exige o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais. (BRASIL, 2019).

Seguindo o disposto pelo decreto supracitado, o Supremo Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais, bem como os Tribunais de Justiça, são uníssomos em aplicar o entendimento de que é indispensável a demonstração de má-intenção para que o ato ilegal e ímprobo adquira status de improbidade.

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.
AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ELEMENTO

SUBJETIVO DO ATO ÍMPROBO. DOLO GENÉRICO. CULPA GRAVE. ACÓRDÃO DE ORIGEM QUE AFRONTA A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. DEMONSTRAÇÃO DE QUE HOUVE MÁ-FÉ. DESNECESSIDADE. [...] 2. A condenação pela prática de ato administrativa que cause lesão ao erário depende apenas da comprovação da existência ação ou omissão do agente público capaz de causar, ainda que involuntariamente, resultado que danoso ao patrimônio público, o qual poderia ter sido evitado caso tivesse empregado a diligência devida pelo seu dever de ofício. 3. Por outro lado, no tocante à controvérsia em torno do elemento anímico e motivador da conduta do agente para a prática de ato de improbidade que afronta os princípios da Administração Pública, este Tribunal tem reiteradamente se manifestado no sentido de que "o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico" (REsp 951.389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4/5/2011). [...] STJ - AgInt no REsp: 1518920 PE 2015/0050401-0, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 22/05/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/06/2018)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPROCEDÊNCIA. REMESSA NECESSÁRIA. DOLO OU CULPA GRAVE NÃO CONFIGURADA. [...] 2. A improbidade administrativa é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente, pois o objetivo da Lei é punir o administrador público desonesto, não o inábil, despreparado ou incompetente. Nessa perspectiva, ainda que possa ter havido dano de pequena monta ao erário (irregularidade), o foi em decorrência de negligência (culpa simples), não qualificada por culpa grave (consciente), nem por dolo, não restando configurada a responsabilidade do agente por ato de improbidade. (TRF-4 - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL: 50026212120104047101 RS 5002621-21.2010.4.04.7101,

Relator: VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, Data de Julgamento: 21/08/2019, QUARTA TURMA)

Apelação. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Falta de provas. Conduta não configurada. A conduta ímproba é aplicável ao agente público que, por dolo ou culpa, cause prejuízo ao erário, ou, por dolo, importe em enriquecimento ilícito, ou atente contra os princípios da Administração Pública de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, por ação ou omissão. O dolo não se presume, não se baseia em hipóteses, em indícios; há de se encontrar devidamente comprovado para importar na responsabilização do agente, e para ser condenado deve-se comprovar os atos de improbidade administrativa. Recurso não provido (TJ-RO - APL: 00105914120148220002 RO 0010591-41.2014.822.0002, Data de Julgamento: 19/07/2019, Data de Publicação: 24/07/2019)

Neste sentido, o doutrinador Marcelo alexandrino (2016, p. 370-71) reitera que:

[...] consoante a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o enquadramento da conduta do agente nas categorias de atos de improbidade previstas na Lei 8.429/1992 **exige** a demonstração do **elemento subjetivo**, consubstanciado pelo **dolo**, no caso dos tipos previstos no art. 9º (**enriquecimento ilícito**) e no art. 11º (**violação dos princípios da administração pública**), e, ao menos, pela **culpa**, nas hipóteses do art. 10 (**prejuízo ao erário**).

Desta forma, prevalece entendimento pacificado pelo STJ pela inadmissibilidade de improbidade administrativa culposa quando importem prejuízos ao erário, só sendo aplicada neste caso, quando se tratar de culpa grave. Assim, reforça o entendimento da doutrina majoritária de que o erro grosseiro é equivalente à culpa grave e somente esta gravidade para implicar na aplicação do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

3.5 Do prejuízo ao erário pelo não ressarcimento dos danos causados aos cofres públicos

Inicialmente, cumpre esclarecer que o “erário” ou também conhecido por tesouro público, nas palavras de Aluízio Bezerra Filho (2017, pag. 35), é o conjunto

de bens, direitos ou valores pertencentes ao Estado. É a expressão jurídica mais completa de uma sociedade organizada politicamente na formação de um povo, assim, o Estado é toda a sociedade, enquanto o erário ou tesouro público é a reunião de suas riquezas acumuladas. Ademais, insta salientar que os entes federativos (União, Distrito Federal, Estados e os Municípios) possuem erário próprio.

Noutra banda, o prejuízo ao erário consiste no desfalque que agentes públicos, pessoas físicas ou jurídicas causam aos recursos financeiros, os quais seriam utilizados em prol da coletividade.

Dito isso, cabe mencionar que, afim de evitar prejuízos ao erário frutos de crimes de improbidades administrativas, foram criados mecanismos de controle repressivo, tendo sua positivação na Constituição Federal em seu artigo 37, § 4º, onde estão prescritas as sanções passíveis de aplicação, quais sejam a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o **ressarcimento ao erário**, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Além do disposto no artigo supra mencionado, foi sancionada a Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa, contudo, esta não tem se mostrado eficaz, posto que, conforme Cadastro Nacional de Condenados por Improbidade Administrativa – CNCIA, instituído pela Resolução nº 44/2007 do Conselho Nacional de Justiça, o prejuízo do erário não é totalmente ressarcido, fato que desestabiliza a economia do nacional.

Com efeito, o ressarcimento do dano nada mais é que a consequência da prática do ilícito que causou prejuízo ao erário. Assim, para imposição da respectiva obrigação, basta o disposto no artigo 927, *caput*, do Código Civil, onde assegura que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Apesar da Lei de Improbidade Administrativa ter positivado em seu texto normativo regras de que buscam garantir o integral ressarcimento do dano aos cofres públicos, é possível constatar o real benefício financeiro que os condenados obtiveram descumprindo o que disciplina a Administração Pública em suas legislações pertinentes ao caso, neste sentido, mesmo com as condenações e prisões, ainda o erário público permanece com o prejuízo, pois, por mais que seja legalmente exigido, não é efetivo o ressarcimento do valor apurado em cada caso.

De acordo com o banco de dados do Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade (CNCIAI) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foram registradas 11.607 condenações

transitadas em julgado por improbidade administrativa julgadas entre 1995 e julho de 2016. Do total, apenas 54,5% (6.330 casos) envolveram ressarcimento de R\$ 1.525.178.136 aos cofres públicos. Ou seja, 45,5% dos casos (que correspondem a 5.277 condenações) não houve o ressarcimento dos danos ao erário.

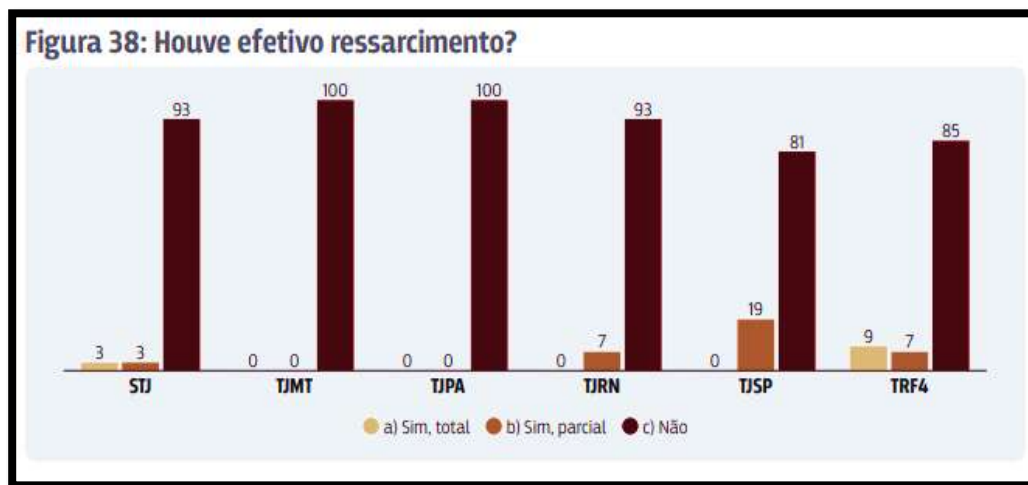
Um dado relevante a ser observado é o volume de condenações impostas pelo Poder Judiciário que implicaram ao ressarcimento ao erário dos danos que lhe foram causados e se realmente obtiveram êxito na restituição. Desse modo, conforme tabela abaixo – extraída novamente do CNCIAI, no período de 2006 a 2016 apesar de terem tido condenações ao ressarcimento integral do dano ao erário no valor total de R\$ 986.110.018,97, apenas foi recuperado 0,192%.

Tabela 3 - Valores por tipo de condenação (multa, ressarcimento integral ou perda de bens), e percentual recuperado, em condenações por improbidade administrativa no período de 2006-2016

	Valor da Condenação	Valor Recuperado	% Recuperado
Ressarcimento Integral	R\$ 986.110.018,97	R\$ 1.896.780,66	0,192%
Perda de Bens	R\$ 32.848.983,32	R\$ 450,00	0,001%
Pagamento de Multa	R\$ 869.365.543,01	R\$ 856.883,74	0,099%

Fonte: Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que implique Inelegibilidade, DPJ/CNJ 2017

Do mesmo modo, em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, quanto aos obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade, elaboraram a tabela abaixo indicada, onde se verificou grave falha no sistema processual, tendo em vista que mesmo após longa tramitação, as ações nas quais se verificou uma efetiva atuação no sentido de obter a reparação dos danos foi visivelmente a minoria.



Ante ao exposto, percebe-se que por mais que a Administração Pública tenha o interesse de obter o ressarcimento do prejuízo/dano sofrido por atos de Improbidade Administrativa por meio da legislação vigente, pelo que se pode observar tal objetivo não será alcançado principalmente se não houver esforço coletivo, bem como punição devida aos autores.

Portanto, mesmo diante de um cenário de ineficaz da legislação atual, é necessário que a Administração Pública busque aplicar novos mecanismos de controle para prevenção das respectivas condutas, bem como assegure o cumprimento das regras já existentes para que se possa alcançar o real e integral ressarcimento dos prejuízos causados aos cofres públicos pela conduta ilícita dos gestores do Estado.

3.6 Da eficácia da lei de improbidade administrativa

Nesse contexto, os tribunais têm levado em consideração a proporcionalidade do agravo, de modo que o ato ainda que ilegal e/ou ilícito não significa que o agente tenha agido com improbidade, ponderando-se o elemento subjetivo da intenção da ação ou da omissão.

Apelação. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Utilização irregular de combustível. Favorecimento particular. Não comprovação. Sentença mantida. Recurso não provido. Não caracterização, de acordo com os elementos existentes nos autos, de má-fé dos agentes, inviável a condenação em improbidade administrativa, que exige para a sua caracterização o elemento subjetivo, ou seja, a má-fé ou o dolo, circunstância não demonstrada ao longo do processo - Precedentes do STJ e deste egrégio Tribunal – Sentença

mantida. Recurso desprovido. APELAÇÃO CÍVEL, Processo nº 0000930-56.2015.822.0017, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Especial, Relator(a) do Acórdão: Des. Hiram Souza Marques, Data de julgamento: 15/10/2019.

Nota-se, portanto, conforme entendimento jurisprudencial, que o dolo e a culpa são elementos subjetivos que configuram o ato de improbidade. Assim, por si só a prática do ato ilegal e ímprobo previsto nas hipóteses dos artigos 9º, 11 e 10, da Lei 8.429/92 (LIA), não são suficientes para tipificar a improbidade do agente, contribuindo para a ineficácia da lei.

3.7 Da prescrição

Sabe-se que o Direito Administrativo tem como finalidade precípua direcionar as ações do agente público, especialmente àquele que exerce função/cargo de gerenciamento, fiscalização e execução de serviços com recursos públicos, independente do grau de competência ou jurisdição, ainda que de modo atípico.

O Ato de Improbidade Administrativa é considerado uma conduta que anda na contramão do dever ser, da legalidade, da probidade, portanto, da boa-fé. Assim, o agente público que se comporta de maneira diversa figura como agente ímprobo, desonesto, com aquilo que também tem o dever de cuidar e zelar, por ser sociedade, antes de tudo.

A legislação acerca do tema objeto da pesquisa mostra que tanto na esfera administrativa como na cível e penal, há sanção para a prática do ato de improbidade, sendo elas apuradas independentemente. A diferença, portanto, verifica-se na concretização da aplicação da norma ao agente que comprovadamente comete um ato ilícito figurado como ímprobo bem como do caráter subjetivo da ação, se dolosa ou culposa.

Nesse contexto, tem-se a prescrição do exercício da pretensão punitiva do Estado sobre causador do dano ao erário público, seja ele material ou moral. Sobre o assunto, o STJ editou súmula que prevê o prazo de 05 (cinco) anos para a ocorrência da prescrição nos casos de ação de improbidade onde a conduta do agente reste configurada como culposa, isto é, quando não se tem a intenção de lesar o bem público ou os princípios da administração pública, ainda que moralmente; já na conduta tipificada e comprovada como dolosa, o prazo para ressarcimento do dano aos cofres públicos é imprescritível, além de outras sanções aplicáveis a cada caso concreto.

Na prática, os tribunais têm divergido o entendimento quanto da aplicação concreta da lei nas ações de improbidade. De um lado, os julgados têm considerado o elemento subjetivo da teoria da insignificância, valorada no âmbito do direito penal, onde pesa sobre o agente o *quantum* do dano provocado ao erário público; do outro, prevalece a teoria da intolerância, observado os princípios da razoabilidade e proporcionalidade na condenação, com a finalidade de submeter o agente a sanção de caráter moral e pedagógico, independente do prejuízo econômico causado a máquina pública, ainda que este esteja a serviço da administração pública de forma direta ou indireta.

Dessa forma, busca-se identificar a efetividade da sanção prevista na Lei de Improbidade Administrativa, envolvendo uma análise acerca do entendimento sumulado do STJ que estabelece a necessidade de se comprovar a presença de má-fé ou dolo do agente para a caracterização da conduta impropria, bem como sua implicação no prazo prescricional para o ressarcimento ao erário público e outras formas de punibilidade de caráter pedagógico.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Passados quase 28 anos de sua vigência, a Lei 8.429/92 ainda é objeto de inúmeras críticas, posto que, apesar da Lei de Improbidade Administrativa representar um avanço na tutela dos interesses públicos representados pela Administração Pública, as divergências entre a lei legislada e a lei aplicada tem sido, muitas vezes, grande obstáculo social, vez que não depende apenas de se ter de um lado uma proibição expressa e do outro a condenação que não surte efeitos sociais, faz-se necessário o conjunto, ou seja, o problema, as pessoas envolvidas e a solução eficaz.

Ademais, nas palavras de Wanessa Lorena Martins de Sousa Motta, Juíza de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Palmas - Estado do Tocantins (2014):

“Quando o Estado, por lhe faltar mecanismos próprios e adequados, deixa de aplicar as sanções devidas a um agente ímprobo, ele passa a aplicar diretamente a punição social, de forma ampla. Se verifica essa punição, por exemplo, nas incontáveis mortes ou assaltos por falta de segurança pública ou por falta de bons hospitais, sabendo-se que há pessoas na administração pública, exclusivamente, responsáveis por parte desses os danos sociais, uma vez que, o país é possuidor de recursos em espécie, mas, composto, em parte, por gestões

maléficas e tais reflexos sociais, na forma negativa, avassaladora e irreparáveis são visíveis”.

Nesse sentido, a busca pela melhoria na aplicação da lei necessita ser incansável. Posto que a proteção da esfera pública é, antes, noção essencial de Justiça, e extrapola, em muito, os interesses meramente estatais, assim, a correta aplicação das penalidades é tarefa árdua, devendo a norma ser avaliada adequadamente a conduta ímproba, para que as sanções se ajustem, de maneira proporcional, à gravidade dos atos praticados.

Contudo, insta salientar que apesar de algumas incorreções e defeitos em sua redação, a Lei de Improbidade Administrativa é um método que possibilita a jurisdicionalização da probidade pública e representa importante instrumento sancionatório que visa assegurar a crença no Estado de Direito e na satisfação da função primordial do Estado, que é a concretização do bem comum.

Por fim, conforme dissertado em tópico anterior, mesmo existindo a Lei objeto do presente trabalho, que muitos acham um avanço, outros um método ineficaz, o importante é que a Administração Pública busque aplicar novos mecanismos de controle para prevenção das respectivas condutas ímprobas, bem como assegure o cumprimento das regras já existentes para que se possa repelir ou alcançar o real e integral ressarcimento dos prejuízos causados aos cofres públicos pela conduta ilícita dos gestores do Estado.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, MARCELO. Resumo de direito administrativo descomplicado. – 9. Ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016;

BEZERRA FILHO, Aluízio. Manual dos crimes contra o erário. Ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 35-45. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/83d2b7d12d261c13c8f504293a96d11a.pdf>> Acesso em: 13 de março de 2020.

Brasil. Lei 12.846, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 de nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em 20 de set. 2019.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. 27ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 18 - 20. (*Vade Mecum* – Acadêmico de Direito);

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1542-1546. (*Vade Mecum* – Acadêmico de Direito);

Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida... [et al.]. – Brasília: **Conselho Nacional de Justiça**, 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/1ef013e1f4a64696eeb89f0fbf3c1597.pdf>>. Acesso em 13 de março de 2020.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Alexandre. Ressarcimento ao erário por improbidade não pode ser pleiteada em ação autônoma. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 de out. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-out-29/justica-comentada-ressarcimento-improbidade-nao-pleiteada-acao-autonoma>>. Acesso em 20 de set. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.

Oliveira, Fabiana & Barbão, Jaqueline. (2017). Retrato do Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade (CNCIAI). 10.13140/RG.2.2.33467.31522. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/321245280_Retrato_do_Cadastro_Nacional_de_Condenados_por_Ato_de_Improbidade_Administrativa_e_por_Ato_que_Implique_Inelegibilidade_CNCIAI> Acesso em: 13 de março de 2020.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book* (1932 p.). ISBN 978-85-309-8482-3. Disponível em: 01 de fev. de 2019. <<https://www.grupogen.com.br/e-book-direito-administrativo-1218412>>. Acesso em 12 de nov. de 2019.

Prescrição STF São imprescritíveis ações de ressarcimento por ato doloso de improbidade. **Migalhas**, 08 de ago 2018. Disponível em: <<https://m.migalhas.com.br/quentes/285289/stf-sao-imprescritiveis-acoes-de-ressarcimento-por-ato-doloso>>. Acesso em 24 de set. 2019.

CONTRATO DE ESTÁGIO: POSSIBILIDADES E CAUSAS DE RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO

ISABELLA ALVAREZ DOS SANTOS:

Discente do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO^[1]

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo identificar as causas e possibilidades para que o contrato de estagiário tenha seu vínculo empregatício reconhecido. Pesquisa bibliográfica, com fulcro na Lei 11.788/2008 – Lei do Estágio, que regula as relações de estágio do Educando, juntamente com a instituição de ensino e a organização concedente do estágio. Visa buscar amparo na lei para que o estagiário não tenha seus direitos suprimidos. Com o reconhecimento do vínculo empregatício, o estagiário passa a ter direitos oriundos do contrato de trabalho como qualquer empregado. O presente, busca sanar dúvidas e apresentar as possibilidades e causas para que o estagiário não fique desamparado quando suas atividades cessarem ou até mesmo exercendo suas atividades. Tem por objetivo e amparo na lei 11.788/2008 identificar quais provas são necessárias para que o vínculo empregatício seja configurado, embora o contrato de estágio regule expressamente que não há esta possibilidade. Pesquisa bibliográfica para demonstrar como e quando reconhecer o vínculo empregatício do estagiário está em conformidade com a lei.

Palavras-chave: Estágio. Estagiário. Reconhecimento. Vínculo. Contrato. Emprego.

ABSTRACT: This article aims to identify the causes and possibilities for the trainee contract to have its employment relationship recognized. Bibliographic research, based on Law 11.788 / 2008 - Law of Internship, which regulates the internship relations of the student, together with the educational institution and the granting organization of the internship. It seeks to protect the law so that the trainee does not have his rights suppressed. With the recognition of employment, the trainee has rights arising from the employment contract as any employee. The present seeks to answer questions and present the possibilities and causes for the trainee not to be helpless when his activities cease or even performing his activities. It is intended and supported by Law 11.788 / 2008 to identify which evidence is necessary for the employment relationship to be configured, although the internship contract expressly regulates that there is no such possibility. Bibliographic research to demonstrate how and when to recognize the intern's employment relationship is in compliance with the law.

Key Words: Stages. Trainee. Recognition. Bond. Contract. Job.

1 Introdução

O estágio é uma parte de extrema importância na formação acadêmica do estudante, pois, seja no Ensino Médio ou na graduação, é necessária uma experiência em local de trabalho para que se forme um cidadão competente para atuar no mercado de trabalho.

Em sua grande maioria, o estágio no ensino médio é realizado em áreas gerais de trabalho, para que o estudante tenha conhecimento de uma rotina de trabalho e adquira conhecimento em área diversa ou que seja de seu futuro desejo. Já o estágio obrigatório em curso superior, é para que o aluno obtenha os conhecimentos necessários para, futuramente, adentrar ao mercado de trabalho escolhido por ele próprio. Nos dois tipos o estágio serve de apoio fundamental para que se forme um trabalhador.

1.1 Conceito de estágio

A Lei 11.788/2008 – Lei do Estágio regula a prestação de serviços entre estudante, organização concedente e instituição de ensino. A referida lei visa garantir aos estagiários direitos oriundos de um termo de estágio.

O artigo 1º da lei supracitada preceitua que: “o estágio é um ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, com o intuito de treinar, adequar e preparar o estudante para uma carreira profissional”.

Com isso, identificamos que o estágio é necessário para que o estudante seja, futuramente, um bom profissional, que aprenda a exercer sua atividade com louvor e para que sua formação acadêmica seja satisfatória.

O estágio elenca todo o aprendizado necessário para uma carreira profissional, sendo assim, torna-se indispensável para que o profissional seja eficiente em suas funções. Com o estágio, o estudante fica a par de todo o necessário para que se torne um profissional bem-sucedido, para que tenha uma base acadêmica e de conhecimento de campo para seu trabalho.

1.2 Conceito de reconhecimento de vínculo empregatício

O reconhecimento de vínculo nada mais é do que o funcionário ter seus direitos trabalhistas reconhecidos e a relação existente entre empregado e empregador.

No caso do estagiário, o reconhecimento de vínculo se torna uma matéria de terrível de discussão, pois, em seu contrato de estágio que regula suas funções está expresso que tal contrato não é pressuposto para reconhecer o vínculo empregatício. Porém, para tudo existem causas e contradições.

E é isso que verificaremos logo após.

2 Lei nº 11.788/2008 – Lei do Estágio

A Lei nº 11.788/2008 foi aprovada em 25 de setembro de 2008 com o objetivo de regular o estágio dos estudantes, alterando todas as leis anteriores que regiam o mesmo tipo de exercício profissional.

A Lei do Estágio visa proteger a relação empregado/empregador do estudante, para que não ocorram situações adversas do seu contrato de trabalho como ocorriam e que, por muitas vezes, ainda ocorrem.

O estágio tornou-se uma preocupação em meados de 1930 quando eclodiu o processo de industrialização.

Já o contrato de estágio teve sua origem a partir da Portaria 1002 de 29 de setembro de 1967. Tal portaria inseria alguns requisitos para o contrato de estágio, além de estabelecer que tal contrato não garantia o reconhecimento de vínculo empregatício.

Conforme preceituado nos artigos 2º e 3º da referida portaria, no contrato de estágio ficaria expressamente descrito:

Art. 2º - As empresas poderão admitir estagiários em suas dependências, segundo condições acordadas com as Faculdades ou Escolas Técnicas, e fixadas em contratos-padrão de Bolsa de Complementação Educacional, dos quais obrigatoriamente constarão.

a) a duração e o objeto da bolsa que deverão coincidir com programas estabelecidos pelas Faculdades ou Escolas Técnicas;

b) o valor da bolsa, oferecida pela empresa;

c) a obrigação da empresa de fazer, para os bolsistas, seguro de acidentes pessoais ocorridos no local de estágio;

d) o horário do estágio;

Art. 3º - Os estagiários contratados através de Bolsas de Complementação Educacional não terão, para quaisquer efeitos, vínculo empregatício com as empresas, cabendo a estas apenas o pagamento da Bolsa, durante o período de estágio.

Com o passar dos anos e com todas as mudanças e as novas exigências do mercado de trabalho, a Lei 11.788/2008 foi promulgada com o único objetivo de estabelecer limites na relação de estagiário/empresa e disciplinando a figura do estágio.

3 Características do contrato de estágio

O contrato de estágio tem como características ser oneroso, solene, tripartite, subordinativo, de atividade e de trato sucessivo, o que o torna bem parecido com o contrato de trabalho normal, de qualquer trabalhador.

O estágio tem por objetivo ser o mais didático possível, porém, seu contrato diferencia-se de qualquer outro contrato de trabalho.

3.1 Oneroso

A Lei 11.788/08 traz em seu artigo 12, caput:

Art. 12. O estagiário poderá receber bolsa ou outra forma de contraprestação que venha a ser acordada, sendo compulsória a sua concessão, bem como a do auxílio-transporte, na hipótese de estágio não obrigatório.

Com isso, entende-se que o contrato de estágio **poderá** ser oneroso. Em casos de estágio não obrigatório, a contraprestação dos serviços prestados pode ser ou não realizada. Diferentemente do estágio obrigatório, que o pagamento de bolsa auxílio tem por obrigação ser realizado.

Nota-se que a intenção do legislador em atribuir o direito de remuneração ao educando em estágio obrigatório foi precaver a banalização do pacto de trabalho. Porém, o legislador não fixou o *quantum* ou qualquer parâmetro para o pagamento mínimo de remuneração.

A regra da onerosidade para o contrato de estágio é de suma importância, pois age como um estímulo ao estudante para que o mesmo possa suprir suas necessidades básicas como alimentação, transporte, livros para estudos, etc.

3.2 Solene

O contrato de estágio é solene, pois exige forma escrita, devendo obedecer a uma forma prescrita em lei e para ser válido depende da existência do termo de compromisso que será firmado trilateralmente, envolvendo o estudante, a instituição de ensino e a organização concedente. Se tratando o estudante de pessoa relativa ou absolutamente incapaz, o termo será firmado juntamente com seu representante legal.

A solenidade é indispensável, porém, insuficiente para a configuração do estágio, pois este demanda uma relação de fatos observando as finalidades do instituto.

4.3 Tripartite

O contrato de estágio tem como uma de suas características principais o critério tripartite, pois demanda obrigações recíprocas de três elementos: o estudante; a instituição de ensino e a organização concedente. Caso uma das partes não cumpra com as obrigações a ela inerentes, o contrato de estágio pode ser cancelado.

Nesse sentido, Alice Monteiro de Barros afirma: *“O estágio pressupõe, necessariamente, uma relação jurídica triangular, situando-se nos seus vários vértices a escola, que encaminha o aluno, a empresa, que o recebe, e o aluno que ali exerce atividade prática, sem consonância com o currículo escolar”*.

Ademais, caso o contrato seja realizado de forma bilateral com a exclusão da instituição de ensino, implicará na caracterização de vínculo de emprego, tendo em vista que a supervisão da instituição de ensino não ocorrerá.

4.4. Subordinativo

Tem como uma de suas características principais a subordinação, pois o estagiário necessita de acompanhamento de suas ações e seu exercício profissional. Uma pessoa da organização concedente pelo estágio ficará responsável pela fiscalização dos atos, atividades e demais coisas realizadas pelo estagiário dentro de sua carga horária de trabalho.

O estagiário ficará dependente da relação hierárquica existente no ambiente de trabalho. Cabe ao estagiário exercer suas atividades com competência, boa-fé e cumprir as ordens que lhe são atribuídas.

Embora o elemento subordinativo esteja presente na relação de emprego e na relação de estágio, tal elemento não torna as duas relações idênticas.

4.5 De atividade

O contrário de estágio é um pacto de atividade, pois depende completamente do labor do estagiário.

5 Possibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício no contrato de estágio

Embora a Lei 11.788/08 regule que o contrato de estágio não possui característica passível de reconhecimento de vínculo empregatício, existem situações que corroboram para que tal reconhecimento aconteça. Dentre essas situações estão: a incompatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e as previstas no termo de compromisso de estágio, a extrapolação da carga horária prevista em lei, etc.

O artigo 3º, § 2º da lei supracitada traz em seu texto:

Art. 3º O estágio, tanto na hipótese do § 1º do art. 2º desta Lei quanto na prevista no § 2º do mesmo dispositivo, não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, observados os seguintes requisitos:

I – matrícula e frequência regular do educando em curso de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e nos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos e atestados pela instituição de ensino;

II – celebração de termo de compromisso entre o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino;

III – compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no termo de compromisso.

§ 1º O estágio, como ato educativo escolar supervisionado, deverá ter acompanhamento efetivo pelo professor orientador da instituição de ensino e por supervisor da parte concedente,

comprovado por vistos nos relatórios referidos no inciso IV do caput do art. 7º desta Lei e por menção de aprovação final.

§ 2º O descumprimento de qualquer dos incisos deste artigo ou de qualquer obrigação contida no termo de compromisso caracteriza vínculo de emprego do educando com a parte concedente do estágio para todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária. (grifo nosso)

Como descrito nos artigos acima citados, caso ocorra qualquer descumprimento do previsto em lei e do previsto no termo de compromisso de estágio, o vínculo empregatício deverá ser reconhecido.

É o entendimento dos Nobres Julgadores dos Tribunais Regionais do Trabalho:

RECURSO ORDINÁRIO. VÍNCULO DE EMPREGO. ESTAGIÁRIO.

No caso, o termo de prorrogação do estágio firmado entre as partes fixou como 10/03/2017 a data limite para término do estágio, porém, em seu depoimento, o preposto da ré afirmou que o último dia trabalhado pelo reclamante foi em 29/03/2017, logo, houve descumprimento de obrigação contida no termo de prorrogação ao Termo de Compromisso firmado entre as partes, o que, de acordo com o art. 3º da Lei 11.788/2008 é causa para o reconhecimento do vínculo de emprego.

(TRT-1 – RO: 010190006220175010025 RJ, Relator: MARIO SERGIO MEDEIROS PINHEIRO, Data do Julgamento: 10/09/2019, Primeira Turma, Data da Publicação: 28/09/2019).

RECURSO ORDINÁRIO – CONTRATO DE ESTÁGIO – DESCUMPRIMENTO DO TERMO DE COMPROMISSO – NULIDADE – RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO.

Nos termos do § 2º do art. 3º da Lei 11.788/2008, o descumprimento de qualquer dos incisos deste artigo ou de qualquer obrigação contida no termo de compromisso

de estágio firmado entre o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino caracteriza o vínculo de emprego do estagiário com a parte concedente para todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária. Logo, ausente o efetivo acompanhamento pelo professor orientador responsável e pelo supervisor da parte concedente, há que se declarar a nulidade do contrato de estágio e o reconhecimento de vínculo empregatício. Sentença que se reforma.

(TRT-20 00020799820165200004, Relator: Maria das Graças Monteiro Melo, Data da Publicação: 18/06/2019).

Sendo assim, restou devidamente comprovado que o termo de compromisso de estágio deve ser seguido em sua integralidade. Qualquer descumprimento, por menor que seja, de qualquer cláusula do referido contrato pode ocasionar o reconhecimento de vínculo empregatício do estagiário.

Dentre todos os objetivos da lei de estágio, o principal deles foi evitar as fraudes advindas desse tipo de contrato. Tal lei veio para barrar as empresas que contratavam estagiários como um meio de mão de obra mais barata e acessível, assegurando ao estagiário seus direitos e que caso os mesmos sejam suprimidos, assegura, ainda, a possibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício e o recebimento de todos os seus direitos perante a Justiça Trabalhista.

A relação de estágio pode ser comparada à relação de consumo, na qual o consumidor é a parte mais fraca da relação. No contrato de estágio ocorre a mesma situação, o estagiário é a parte mais vulnerável no elo empresa concedente – instituição de ensino – estagiário. Sendo assim, fica amplamente comprovado que o estagiário, por ser considerado o mais vulnerável desta relação de trabalho, é a parte que mais necessita de apoio e orientação para que não ocorram situações vexatórias, incoerentes com seu contrato de trabalho, ou qualquer outro tipo de situação.

Notamos aqui a necessidade da proteção do estagiário para que seus direitos não sejam, de maneira alguma, suprimidos por má-fé ou más intenções de alguma das partes. O que ocorre muito na sociedade brasileira, é o “aproveitamento” da situação do estagiário, onde o mesmo é obrigado a realizar atividades que não condizem com seu papel na empresa, como por exemplo, realizando serviços particulares para seus superiores, exceder a carga horária, etc.

Podemos afirmar que a Lei do Estágio veio para, simplesmente, barrar atitudes que eram corriqueiras na relação de trabalho do estagiário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se com o presente artigo que a intenção da Lei 11.788/05 é PROTEGER o estagiário, considerado o elo mais fraco de toda sua relação contratual.

A lei, fundamento do presente, garante que a instituição de ensino deverá cumprir com suas obrigações descritas no termo de compromisso de estágio e monitorar o estágio que está sendo realizado por seu aluno.

A instituição deve verificar se as atividades exercidas pelo aluno estão em consonância com seu contrato e notificar a empresa concedente caso isso não esteja ocorrendo.

A empresa concedente tem por obrigação monitorar o estágio realizado pelo aluno, pois é seu dever auxiliar e orientar da melhor maneira possível o estagiário.

Já o estagiário, por sua vez, deve exercer suas atividades com louvor e absorver o máximo possível de todo conteúdo ali apresentado.

A lei 11.788/05 veio para barrar o pensamento popular de que “estagiário é uma mão de obra barata” e garante direitos e deveres para todas as partes presentes no Termo de Compromisso de Estágio.

Referências

http://www.lex.com.br/doc_3416594_PORTARIA_N_1002_DE_29_DE_SETEMBRO_DE

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11788.htm

Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Região. Recurso Ordinário nº 0101900-06.2017.5.01.0025. Relator: Mario Sergio Medeiros. <<https://trt-20.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/723457666/20799820165200004?ref=serp>>

Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região. Recurso Ordinário nº 1019000-06.2017.5.01.0025. Relator: Maria das Graças Monteiro Melo. <<https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/783430694/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1019000620175010025-rj?ref=serp>>

SOBRINHO, Zéu Palmeira. **O contrato de estágio e as inovações da Lei 11.788/2008**. Revista Ltr. Legislação do Trabalho, v.10, 2008. Disponível em: <http://www.amatra21.org.br/Arquivos%5Carquivo%5CONTRATO%20DE%20EST%20GIO%20->

[%20artigo%20de%20z%C3%A9u%20\(enviado%20para%20a%20Ltr%205-out-2008\).pdf](#)

http://www.lex.com.br/doc_3416594 PORTARIA N 1002 DE 29 DE SETEMBRO DE

PINTO, Marlla Emanuella Barreto. Considerações acerca da legislação de estágio no Brasil. 2013. 31f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)- Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2013. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/handle/123456789/2847>>

[http://www.fatene.edu.br/site/images/Estagios e Convenios/perguntas frequentes.pdf](http://www.fatene.edu.br/site/images/Estagios_e_Convenios/perguntas_frequentes.pdf)

MARTINS, Sergio Pinto. **Estágio e relação de emprego**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 35ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2019.

<https://direitodiario.com.br/relacao-de-estagio-e-as-consequencias-do-descumprimento-dos-requisitos-legais/>

NOTAS:

[1] Docente mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru

A PRÁTICA CULTURAL INDÍGENA DO HOMICÍDIO DE CRIANÇAS E O CONFLITO ENTRE CULTURA E VIDA

SARA FREIRE BRUCE: graduação em direito, pelo Centro Universitário Luterano de Manaus - CEULM/ULBRA

RESUMO: Uma parcela significativa das etnias indígenas no Brasil adota práticas que ferem os direitos fundamentais constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos, tais como, o homicídio de neonatos gêmeos e criança portadoras de deficiências físicas ou anomalias genéticas. Essas práticas são defendidas pelo posicionamento do relativismo cultural, que entende ser um direito inerente à cultura dos povos indígenas. Com base nos depoimentos de indígenas que sofreram ou vêm sofrendo os reflexos do costume, é possível verificar a ausência de intervenção do Estado em defesa de seus direitos. A partir de um levantamento teórico sobre o tema exposto, por meio de uma abordagem qualitativa dos dados encontrados em bibliografias e estudos de casos já realizados, o presente artigo, objetiva expor a devida prevalência do direito a vida sobre a prática cultural indígena do homicídio de crianças, dilucidando o conflito entre o relativismo cultural e os direitos garantidos pelo Ordenamento Jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Prática cultural indígena; Homicídio de crianças; Direitos em conflito.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. ETNIAS INDÍGENAS BRASILEIRAS E A CULTURA DO HOMICÍDIO DE CRIANÇAS; 1.1. A CLASSIFICAÇÃO COMO HOMICÍDIO; 1.2. A "MÁ SORTE" DAS CRIANÇAS INDÍGENAS; 3. VIDA E CULTURA: DIREITOS UNIVERSAIS GARANTIDOS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO; 3.1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988; 3.2. OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS; 3.3. O ESTATUTO DO ÍNDIO; 3.4. O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE; 4. O POSICIONAMENTO DO ESTADO; 5. MEDIDAS ADOTADAS EM DEFESA DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS INDÍGENAS; 6. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Existe um grande conflito entre a defesa do direito universal à vida garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro e a aplicação da visão do relativismo cultural defendida por antropólogos, membros do legislativo e órgãos do governo, no que se refere às práticas culturais lesivas de povos indígenas. Contudo, o que deve prevalecer sobre as práticas culturais indígenas, o relativismo cultural ou os direitos humanos universais?

Há uma urgente necessidade de se fazer valer as normas constitucionais e infraconstitucionais vigentes no Brasil em defesa dos indivíduos, independentemente de sua cultura, crença ou tradições.

Até o momento não existem soluções eficazes para impedir as mortes silenciosas que ocorrem em tribos indígenas no Brasil. Crianças estão morrendo sem direitos e com o som de suas vozes abafado pelos gritos em defesa da liberdade cultural.

O presente estudo tem o intuito de ampliar as formulações teóricas acerca do tema escolhido e assim contestar os argumentos opositivos que se utilizam da visão do relativismo cultural para admitir tais atrocidades.

2. ETNIAS INDÍGENAS BRASILEIRAS E A CULTURA DO HOMICÍDIO DE CRIANÇAS

Atualmente, segundo dados do censo de 2010 do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, existem 305 etnias indígenas no país (IBGE, 2010). Uma parte relevante das tribos indígenas brasileiras ainda adotam práticas culturais lesivas aos seus membros. Essas práticas, em destaque, a do homicídio de crianças, afrontam os direitos vigentes no ordenamento jurídico brasileiro e os tratados de direitos humanos celebrados, que visam a garantia e defesa primordial à vida.

Infelizmente não existem dados oficiais do governo sobre a prática do homicídio de crianças em tribos indígenas, o que dificulta a percepção do real percentual e habitualidade do costume, sendo possível apenas afirmar que ela ainda ocorre nas etnias mais isoladas, tendo em vista o Mapa da Violência de 2014, divulgado pelo Ministério da Justiça, na época, revelou ser a cidade mais violenta do país, o município de Caracaraí, localizado no estado de Roraima, onde, no período de um ano, 42 pessoas foram assassinadas, dentre elas, 37 índios neonatos, mortos pelos próprios pais (WAISELFISZ, 2014). Além desse, outros casos registrados pela mídia brasileira revelam que, lamentavelmente, centenas de indígenas sofrem os reflexos do hábito cultural em comento, sem qualquer tipo de proteção do governo aos seus direitos.

2.1 A CLASSIFICAÇÃO COMO HOMICÍDIO

É importante salientar que os homicídios de crianças indígenas são constantemente associados ao crime de infanticídio, o que não deve prevalecer, visto que a figura típica do infanticídio não se adequa aos fatos, descreve, o Código Penal Brasileiro (1940), como infanticídio: “Art. 123 - Matar, sob a influência do estado

puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena - detenção, de dois a seis anos”.

O estado puerperal mencionado no artigo acima citado, é caracterizado como uma perturbação psíquica, momentânea, decorrente do parto (OLIVEIRA, 2016). Sendo assim, conforme a norma jurídica, a inadequação do crime de infanticídio à prática cultural indígena da morte de crianças no Brasil, se dá pela ausência de influência do estado puerperal, devendo ser classificada como homicídio.

No entanto, a adequação ao tipo penal não possui o intuito de responsabilização criminal dos indígenas praticantes do costume, e sim, tão somente utilizar-se da correta tipificação da conduta, considerando que os indígenas são sujeitos de proteção jurídica específica, cuja culpabilidade deve ser apurada de acordo com o grau de integração que possuem com a sociedade não-indígena.

2.2 A “MÁ SORTE” DAS CRIANÇAS INDÍGENAS

A cultura milenar dos povos indígenas do Brasil é baseada na realização de rituais místicos e práticas voltadas à harmonização entre o grupo e suas divindades. A prática do homicídio de crianças indígenas se dá por crenças específicas de cada etnia, ocorrendo em casos de crianças nascidas com deficiência física, gêmeos, ou filhos de mãe solteira. Essas crianças não são aceitas pelo grupo, sendo abandonadas na floresta, enterradas vivas, mortas pela ingestão de veneno ou utilização de objetos letais. Independentemente do ritual ou motivação, todas são destinadas à morte, por trazerem “má sorte” à tribo.

Relatos de indígenas são registrados por ONGS - Organizações não Governamentais, dentre os quais, vários contam situações em que mães se recusaram a matar seus filhos, não aceitos pela tribo. Sem amparo do governo, os indígenas encontram auxílio de missionários locais ou de integrantes das ONGS, para salvar a vida das crianças.

Tem-se registro de que pelo menos 8 (oito) grupos indígenas no Brasil praticam o homicídio de crianças, são os Kamayurá (PAGLIARO e JUNQUEIRA *apud* OCORRÊNCIAS, 2010), Suyá (PAGLIARO *et al*, *apud* OCORRÊNCIAS, 2010), Yanomami (EARLY e PETERS *apud* OCORRÊNCIAS, 2010), Suruwahá (FEITOSA, TARDIVO e CARVALHO, *apud* OCORRÊNCIAS, 2010), Kaiabi (PAGLIARO *apud* OCORRÊNCIAS, 2010), Kuikuro (FREITAS, FREITAS e SANTOS *apud* OCORRÊNCIAS, 2010), Amundawa e Urueu-Wau-Wau (SIMONIAN *apud* OCORRÊNCIAS, 2010).

O documentário *Quebrando o Silêncio* (2009), dirigido pela jornalista indígena, Sandra Terena, mostra, em entrevistas realizadas em diferentes regiões do país, relatos de vários indígenas vítimas da prática. Entre os depoimentos estão os dos indígenas: Marité Ikpeng, pai de trigêmeos, que junto com sua esposa e filhos, deixou a aldeia onde morava, para salvar a vida dos neonatos; Paltu Kamayurá, pai que perdeu um filho gêmeo, enterrado vivo; Marcos Mayoruna, sobrevivente que teve irmão gêmeo queimado vivo aos 10 (dez) anos de idade; Lúcia Bakairi, que salvou irmão da morte; e o Cacique Tabata KuiKuro, que saiu da tribo com sua família, para criar seu filhos gêmeos, não aceitos pelo grupo (QUEBRANDO, 2009).

Outros casos de crianças indígenas salvas da morte, repercutem na mídia e são motivos de polêmica, por comumente motivarem o preconceito contra os povos indígenas. Podemos citar, o drama sofrido no caso da bebê Analu Paluni Kamayura Trumai, que foi resgatada por policiais em 05 de junho de 2019, após ter sido enterrada viva pela bisavó, logo após o nascimento, em Canarana, a 838 km de Cuiabá, Mato Grosso (JUSTIÇA, 2019).

Com efeito, deve-se lembrar que a manutenção das etnias indígenas é imprescindível pois tratam-se de povos de cultura milenar, que não devem ser discriminados, tão pouco, classificados como inferiores ou retrógrados. Jamais se deve ter um olhar etnocêntrico, pois, quando se refere à cultura, é impróprio estabelecer um costume como certo ou errado, todo comportamento cultural deve ser interpretado dentro da visão de seu próprio povo, uma vez que nenhuma cultura é inferior a outra, conforme estabelece o posicionamento do relativismo cultural. Sob a mesma perspectiva expõe Meneses (2000, p. 250): "Cada traço cultural deve ser estudado no contexto da cultura a que pertence, e não em referência à do observador. Para isso, tenta-se imergir na cultura diferente para captar o sentido que a organiza".

O relativismo cultural objetiva a defesa de toda e qualquer cultura, para que aja sua perpetuação. Assim sendo, a busca pela satisfação dos direitos negligenciados não deve extinguir a cultura dos povos indígenas. No entanto, deverá sempre ser garantido o que é indeclinável: a vida de seus membros.

3. VIDA E CULTURA: DIREITOS UNIVERSAIS GARANTIDOS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Apesar da contraposição entre a vida e a cultura quando se refere à prática do homicídio de crianças por tribos indígenas, ambas correspondem à direitos humanos universais, que em nosso ordenamento jurídico são classificados como direitos fundamentais. Sua universalidade está atrelada ao fato de que são

pertencentes a raça humana, inerentes, portanto, ao ser natural, independentemente de origem ou momento. Tratam-se de ideais básicos de cada indivíduo que devem ser protegidos e alcançados.

Barreto (2006) em seu posicionamento sobre a situação de confronto que ocorre entre práticas culturais indígenas de certas etnias, principalmente o homicídio de neonatos, procura salientar o princípio da universalidade dos direitos humanos e da personalidade. Com o devido embasamento em normas do ordenamento jurídico brasileiro afirma que:

São reconhecidos aos indígenas seus usos, costumes, línguas, organização social etc. Entretanto, existe um limite a este reconhecimento: a colisão com os direitos humanos fundamentais ou direitos da personalidade (BARRETO, 2006, p. 6).

Não obstante, tais direitos, ao serem postos em contraponto, deve-se ponderar pela prevalência de um sobre o outro, e assim, o bem maior a ser tutelado é a vida, uma vez que sem ela não se pode exercer nenhum outro direito.

3.1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em nossa Lei Maior, o direito à vida é consagrado no título dos direitos e garantias fundamentais, sendo assegurada a todos, sem qualquer distinção, e garantida sua inviolabilidade, isto é, proteção contra as violações arbitrárias, considerando que através dela decorrerão os demais direitos pátrios:

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

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 [...] (BRASIL, 1988a).

A cultura está ligada ao direito à liberdade tratada no artigo acima citado, e também é tutelada no Título VIII, Da Ordem Social, da Constituição Federal (1988),

artigo 215, caput: "O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais."

É expresso que o Estado possui o dever de proteger as manifestações culturais, dentre elas as indígenas, no entanto, ao defender o direito de uma tribo indígena de realizar a prática do homicídio de crianças, priva-se às mesmas de seu direito à vida, que é garantia fundamental de caráter inviolável, sendo ela imprescindível para a efetiva concretização dos direitos inerentes a pessoa humana, inclusive a liberdade cultural.

Tirar a vida de crianças indígenas é declarar que elas não possuem direito algum, sob o fundamento de que se está preservando a cultura de um povo que possui o direito de manifestar-se livremente.

A Constituição brasileira (1988) também assegura a efetividade de normas de caráter internacional na legislação nacional, no parágrafo 2º do artigo 5º, estabelece: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Ademais, os direitos fundamentais, são mundialmente reconhecidos, seja por tratados, pactos, e demais dispositivos celebrados entre diversos países. A universalidade de tais direitos é proclamada por serem imanescentes ao ser humano.

3.2. OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Dentre os diversos tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte, a Carta da Organização das Nações Unidas promulgada pelo país em 1945, tem como um de seus objetivos, o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (BRASIL, 1945). No mesmo sentido, também estabelece a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:

ARTIGO II

1- Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição (ONU, 1948, p. 5).

Sendo, portanto, ratificado que os direitos humanos, por serem dotados de universalidade, são plenamente aplicáveis aos povos indígenas.

No que diz respeito ao direito universal à vida, a Convenção Americana dos Direitos Humanos, Pacto de São José de Costa Rica de 1969, promulgado pelo Brasil em 1992, estipula no seu Artigo 4: "Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção" (BRASIL, 1992b).

Quanto aos direitos culturais, ao estipular seus ideais relacionados aos direitos e liberdades inerentes a pessoa humana, designa o Artigo XXVII da Declaração Universal dos Direitos Humanos: "1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e de seus benefícios" (ONU, 1948). Ainda, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, afirma em seu Artigo 15: "1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de: a) Participar da vida cultural [...]" (BRASIL, 1992a). Semelhantemente dispõe o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Protocolo de São Salvador, em seu Artigo 14, do título: Direito aos Benefícios da Cultura (BRASIL, 1999).

Além de tudo, todos os tratados e convenções introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro, já mencionados, estão em perfeita harmonia com as demais leis ordinárias brasileiras, em especial, a Lei nº 6.001, de 1973.

3.3. O ESTATUTO DO ÍNDIO

A lei especial nº 6.001, de 1973, que instituiu o Estatuto do Índio, regula a situação dos indígenas, no plano jurídico, e suas condições particulares. Em seu Art. 6º, determina que:

Serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum (BRASIL, 1973).

Sendo, portanto, estabelecido um regime jurídico diferenciado para os povos indígenas, em respeito à liberdade cultural.

Entretanto, quando o referido estatuto menciona a aplicação de quaisquer formas de sanções próprias dos grupos indígenas aos seus membros, veda explicitamente, a pena de morte: "Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos

tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte” (BRASIL, 1973). Tais sanções, assim como qualquer sanção aplicada pelo Estado, representam a perda de determinado direito de um indivíduo em detrimento da sociedade a qual integra, sendo punido por violar uma norma e pôr em risco a ordem social. Ora, se é vedada a morte como sanção (a única hipótese legal em que ela se justificaria), torna-se implícito que não será passível em outros casos.

No mais, visando a garantia dos direitos das crianças indígenas, é plenamente possível, com o advento da Lei nº 13.257, de 2016, a aplicação concomitante do Estatuto do Índio e do Estatuto da Criança e do Adolescente, gerando ao Estado, o dever de assegurar a vida e saúde de tais indivíduos, desde o seu nascimento.

3.4. O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Em virtude da inclusão feita pela Lei nº 13.257 (2016), do parágrafo único, ao artigo 3º, da Lei nº 8.069 (1990), Estatuto da Criança e do Adolescente, é garantida a aplicação de tal estatuto às crianças indígenas:

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

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem (BRASIL, 1990).

São garantidos a elas, todos os direitos estabelecidos nesse estatuto, quais sejam, direito à vida, saúde, dignidade e proteção integral. Tendo como princípio, o melhor interesse da criança, que rege as aplicações de políticas públicas ou quaisquer medidas a elas aplicadas.

O artigo 4º, do mesmo estatuto, dispõe:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (BRASIL, 1990).

É atribuída ao Estado, a responsabilidade jurídica sobre os menores, sendo seu dever garantir o cumprimento dos direitos inerentes à todas as crianças e adolescentes brasileiros. Seja por meio de políticas públicas ou medidas judiciais, cabe aos entes públicos lhes oferecer proteção prioritária.

No que concerne ao Estado, deveria criar formas de proteger as crianças indígenas das práticas culturais lesivas. Por ser detentor de tutela jurídica sobre elas, pode intervir, no intuito de salvaguardar a vida das crianças em risco.

4. O POSICIONAMENTO DO ESTADO

A Fundação Nacional do Índio – FUNAI, instituída no Brasil desde 5 de dezembro de 1967, é responsável pela proteção dos povos indígenas brasileiros e a aplicação das políticas públicas indigenistas (BRASIL, 1967). Como órgão governamental especializado na cultura e direitos indígenas, possui papel fundamental no trato de questões relativas os índios.

Ocorre que, em seu posicionamento em defesa da liberdade cultural dos povos indígenas, a FUNAI, em uma de suas declarações, sustentou: “a alegação dessa

suposta prática serve, muitas vezes, como tentativa de criminalização e demonstração de preconceito contra os povos indígenas, e também como justificativa para penalizar servidores públicos que atuam em áreas indígenas” (FUNAI, 2016).

Com o intuito de preservar os costumes indígenas, os órgãos do governo mantem o entendimento de que o combate ou qualquer interferência na prática do homicídio de crianças representa ameaça à diversidade étnica, estimulando ideias a atitudes de preconceito e discriminação contra os indígenas.

Para Barreto (2006), o governo, por adotar posicionamento extremista do relativismo cultural, negligência os direitos de personalidade dos indivíduos indígenas. Onde diz:

Na visão dos órgãos governamentais, se a cultura indígena diz que as crianças deveriam morrer, então o Estado estaria proibido de atuar para proteger estas vidas, em nome do respeito aos valores culturais, do isolamento e da preservação da cultura (BARRETO, 2006, p. 9).

Pela postura omissiva em realizar levantamentos para o registro da prática, e aplicar medidas de proteção às crianças indígenas, o Estado ignora o fato de que, independentemente da quantidade, a morte arbitrária de um ser humano deve sempre ser evitada, dado o valor inestimável que possui uma única vida.

5. MEDIDAS ADOTADAS EM DEFESA DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS INDÍGENAS

Além do trabalho realizado por grupos missionários que frequentemente estão presentes em tribos indígenas, Organizações Não Governamentais, como a Atini - Voz pela Vida, fundada em 2006, com sede em Brasília, atuam na defesa dos direitos das crianças indígenas:

Atini significa "voz" na língua suruwahá. O movimento se inspirou na luta de uma mulher indígena, Muwaji Suruwahá, que levantou sua voz com coragem a favor de sua filha Iganani. A menina tem paralisia cerebral, e por isso estava condenada à morte por envenenamento em sua própria comunidade. Muwaji desafiou a tradição de seu povo e ainda a burocracia do mundo de fora para manter sua filha viva e garantir seu tratamento médico (CONHEÇA, 2014).

Outra ONG, a Aldeia Brasil, atua em tribos indígenas, possuindo sedes no estado do Paraná e de São Paulo. Um de seus objetivos é defender as vítimas da prática cultural indígena do homicídio de crianças (DOCUMENTÁRIO, 2010).

Dentre as tentativas de salvar a vida de crianças indígenas, vários projetos de lei já foram apresentados com o intuito de inibir a continuidade das mortes de crianças indígenas por razões culturais de seus povos. Vale ressaltar, que alguns projetos foram obstados por preverem a punição dos responsáveis pelas mortes das crianças indígenas, o que significaria a infringência de direitos inerentes aos índios. Entretanto, o projeto de lei da Câmara dos Deputados nº 119, de 2015, que está tramitando na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, propõe uma alteração no Estatuto do Índio, para acrescentar artigo, que tem como objetivo, designar como atribuição da FUNAI, o registro de casos de homicídio e infanticídio, a implementação de medidas de proteção às crianças indígenas, a responsabilização do órgão em caso de inercia, dentre outras (BRASIL, 2015).

Atualmente, crianças indígenas permanecem abrigadas em sedes de tais organizações, e outras, tornaram-se ativistas no combate da prática.

6. CONCLUSÃO

Há uma urgente necessidade de se fazer valer as normas constitucionais e infraconstitucionais vigentes no Brasil, em defesa dos indivíduos, independentemente de sua cultura, crença ou tradições. Por meio dos registros de casos, depoimento de indígenas e estudos realizados por ONGS – Organizações Não Governamentais, é possível afirmar que a prática do homicídio de crianças se perpetua na cultura indígena, sem que nada seja feito pelas autoridades públicas para impedir a morte delas.

O ordenamento jurídico brasileiro possui uma série de dispositivos que garantem o direito a vida em detrimento de qualquer outro direito, inclusive, a liberdade cultural. No entanto, projetos legislativos tentam dar mais especificidade ao direito que tais crianças possuem, de viver.

Visto que, instituições do governo, em especial, a FUNAI, permanecem inertes, fundadas no preceito de que as expressões culturais indígenas, devem ser preservadas independentemente das consequências lesivas aos direitos dos integrantes da cultura indígena, ainda que as vítimas consigam fugir da morte a qual estavam destinadas, continuam lutando por aceitação e pela garantia do cumprimento dos direitos pátrios inerentes à elas.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Máira de Paula. Universalidade dos Direitos Humanos e da Personalidade versus Relativismo Cultural. In: XV Congresso Nacional do CONPEDI - Direito, Sociobiodiversidade e soberania na Amazônia, 2006, Manaus. Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2006. p. 1-21.

BRASIL. Constituição (1988a). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 06 jun. 2020.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992 (1992a). Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (1992b). Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967. Autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio" e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=576664. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara nº 119, de 2015 (Nº 1.057/2007, na Casa de origem). Acrescenta o art. 54-A à Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122998>. Acesso em: 28 jun. 2020.

CONHEÇA a Atini. Atini: Voz pela Vida, fevereiro de 2014. Disponível em: <https://www.atini.org.br/quemsomos/>. Acesso em: 01 jun. 2020.

DOCUMENTÁRIO quer estimular debate sobre infanticídio nas tribos indígenas. Povos indígenas no Brasil, 30 de março de 2010. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/es/Not%C3%ADcias?id=81882>. Acesso em: 03 jun. 2020.

FUNAI. Notícias: Nota da FUNAI. Brasília, 16 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/noticias/3932-nota-jogos-paralimpicos>. Acesso em: 15 jun. 2020.

IBGE. Censo Demográfico, 2010. Indígenas. Estudos Especiais. O Brasil Indígena. Disponível em: <https://indigenas.ibge.gov.br/estudos-especiais-3/o-brasil-indigena/lingua-falada>. Acesso em: 01 jun. 2020.

JUSTIÇA de MT concede ao pai guarda provisória de bebê indígena resgatada após ser enterrada viva. Portal do Ministério Público do Estado do Mato Grosso, 02 de agosto de 2019. Disponível em:

<https://mpmt.mp.br/portalcas/news/733/78229/justica-de-mt-concede-ao-pai-guarda-provisoria-de-bebe-indigena-resgatada-apos-ser-enterrada-viva>. Acesso em: 03 jun. 2020.

MENESES, Paulo. Etnocentrismo e Relativismo Cultural: Algumas Reflexões. Síntese: Revista de Filosofia, Belo Horizonte, v. 27, n. 88, 2000, p. 245-254. Disponível em: <http://www.faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/747/1180>. Acesso em: 28 jun. 2020.

OCORRÊNCIAS de infanticídio e morte intencional de crianças em grupos indígenas brasileiros. Atini: Voz pela Vida, Artigo, 26 de janeiro de 2010. Disponível em: <https://www.atini.org.br/ocorrencias-de-infanticidio-e-morte/>. Acesso em: 01 jun. 2020.

OLIVEIRA, Anne Dominyque Coêlho. Entre infanticídio e homicídio: O estado puerperal e a resposta penal para mulheres que matam seus filhos. 2016. Trabalho de conclusão de curso – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/16093/1/2016_AnneDominyqueCoelhoOliveira_tcc.pdf. Acesso em: 01 jul. 2020.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

QUEBRANDO o Silêncio. Direção: Sandra Terena. Produção: André Barbosa. Realização: Atini: Voz Pela Vida, Brasil, 2009. 1 vídeo (34 minutos). Disponível em: <https://www.atini.org.br/quebrando-silencio/>. Acesso em: 03 jun. 2020.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2014**: os jovens do Brasil. Rio de Janeiro: Flacso Brasil, 2014. Disponível em: https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPCRIM/Mapa2014_JovensBrasil_Preliminar.pdf. Acesso em: 01 jun. 2020.

BREVE ANÁLISE SOBRE A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL E SEUS REFLEXOS NAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS

ANTONIO AUGUSTO VILELA: Pós Graduando em Direito Civil, Processo Civil e Direito Notarial e Registral pela instituição Dom Alberto, Pós Graduado em Direito Previdenciário e Direito das Famílias e Sucessões pela instituição Damásio de Jesus, Bacharel em Direito pela Fundação Carmelitana Mário Palmerio e Bacharel em Administração pela Faculdade Cidade de Coromandel.

Resumo: A atualizada pesquisa tem por desígnio ponderar as exterioridades importantes a acatamento da prática do instituto da Usucapião Extrajudicial pelo Código de Processo Civil atual bem como seus reflexos nas Serventias Extrajudiciais. Logo, para de tal maneira, valer-se da metodologia de abaloamento dedutivo, afastando-se de uma apreciação comum do instituto da Usucapião no ordenamento legal vigente e da legislação que adentrou em alento, almejando-se findar-se quão grandemente à maneira de desempenho dos Serviços Extrajudiciais na concretização da metodologia da Usucapião Extrajudicial. Os artifícios de método, por sua vez, serão utilizados o comparativo e o descritivo, já que as cogitações partiram-se através da checagem com instituto da Usucapião realizada na via Administrativa e sua probabilidade de efetivação e, por derradeiro, apartam a legislação Civil bem como a Processual Civil. O estudo em questão abordou-se o estabelecimento da Usucapião Extrajudicial no Código de Processo Civil. Ao termo, foi plausível se averiguar, perante da composição abonada nos termos do parágrafo 2º do artigo 216-A da Regra de Registros Públicos vigente, que o estabelecimento da Usucapião Extrajudicial provavelmente exponha problemas em sua concretização.

Palavras-Chave: Desjudicialização. Extrajudiciais Serventias. Usucapião Administrativo.

Abstract: The updated research aims to weigh the important externalities to comply with the practice of the Extrajudicial Usucapião institute by the current Civil Procedure Code as well as its reflections on Extrajudicial Services. Therefore, in such a way, to make use of the deductive collision methodology, moving away from a common appreciation of the Usucapião institute in the living legal order and the legislation that entered into encouragement, aiming to end as greatly as the way of performance of Extrajudicial Services in implementing the Extrajudicial Usucapião methodology. The method artifices, in turn, will be used comparative

and descriptive, since the cogitations were broken through the check with Usucapião institute carried out in the Administrative way and its probability of effectiveness and, finally, they separate Civil legislation as well like Civil Procedural. The study in question addressed the establishment of Extrajudicial Usucapião in the Civil Procedure Code. At the end, it was plausible to find out, in view of the composition accredited under the terms of paragraph 2 of article 216-A of the Current Public Records Rule, that the establishment of Extrajudicial Usucapião probably exposes problems in its implementation.

Keywords: Judicialization. Extrajudicial Services. Administrative Usucapião.

INTRODUÇÃO

Incapaz de praticar inteiramente o direito constitucional da ascensão à justiça constituída na Carta Magna de 1988 tenha aspecto a homérica abundância de ações, o Poder Judiciário necessita de alterações. De semelhante acaso, o direito da aceitável constância da ação e a agilidade de sua tramitação, acarretados pela Constituição Federal de 1988, permanecem totalmente inviabilizados na realidade que por sua vez nos são proporcionados.

Neste argumento, averigua-se uma coeva convergência de denominada desjudicialização das metodologias, na avaliação em que se exasperam cada oportunidade mais, os princípios da agilidade e da naturalidade. Aludida circunvizinhança, conquanto não dicionarizado, é de acelerada abrangência e, na contemporânea pesquisa, abrange-se no arrasto de determinadas agilidades de alçada particular do Poder Judiciário para o domínio das Conveniências Extrajudiciais, aceitando que esses instrumentos possam atingi-las, por elemento de metodologias na via administrativa.

Consoante a catafalco atualizada convergência e procurando a aquisição de derivados mais dinâmicos e acelerados frente a morosidade do preceito Judiciário, assim o Código de Processo Civil implementou no ordenamento legal nacional o estabelecimento da Usucapião Extrajudicial, a qual avaliar-se que constituirá mais diligente, apresentando sua constância ajustada de 90 a 120 dias.

Logo, o instituto da Usucapião Extrajudicial tem extensa feição de circunscrição, aceitando que esta metodologia seja aproveitada em completas as castas. De tal modo, o particular da presente pesquisa jaza em considerar o método da Usucapião Extrajudicial no Código de Processo Civil e seus reflexos nas Serventias Extrajudiciais, arrazoando a propósito da obrigação das mais diferentes acomodações a remate de contornar aceitável a concretização do método, bem

como, antecipar e arrazoar a propósito dos comprováveis acrescentamentos e anacronismos desta legislação.

A contemporânea análise é acometida designadamente a Usucapião Extrajudicial e a desempenho dos Tabelionatos de Notas bem como os Cartórios de Registro de Imóveis para a sua concretização. Explica-se a metodologia prevista no Código de Processo Civil atual, fazendo-se alegorias com instituto da Usucapião realizado na via Administrativa e Extrajudicial. Tudo isso para, ao final, haja uma máxima alteração a propósito do tema, especialmente no meio acadêmico, contendo em aspecto a inovação da metodologia, além do acontecimento de abordar-se de modalidade fortemente abocada ao atual procedimento de desjudicialização que se tem atualmente. Ademais, mencionada entidade apresentará representações nas Serventias Extrajudiciais. Nesse baleado, a presente pesquisa torna-se de importante alteração da sociedade.

1. DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL E O DESEMPENHO DOS TABELIONATOS DE NOTAS E CARTÓRIOS DE REGISTRO DE IMÓVEIS PARA A SUA RESPECTIVA CONCRETIZAÇÃO

Apreciando o cenário histórico, assim como p desenvolvimento e as condições de Usucapião no ordenamento jurídico nacional, averiguando-se o imperativo de uma sentença declaratória para deliberar o novel titular do perpendicular real de atributo e sua coerente alteração do registro, e alcançando da essência de uma condição de Usucapião que acontece por fora da via judiciária, compete destacar a devida implantação da Usucapião realizada na via Extrajudicial no Código de Processo Civil, lei número 13.015 do ano de 2015.

De tal modo, atravessadamente de uma análise jurídica e doutrinária, constituirão avaliadas as modulações da Usucapião realizada através da via Extrajudicial no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste argumento, procura-se abarcar esta inovação na modalidade da Usucapião, arguindo se existirá imperativo de maiores adaptações a finalidade de contornar aceitável a concretização da metodologia, para por conclusão.

1.1 A Usucapião Extrajudicial prevista no Código de Processo Civil Brasileiro

O Código de Processo Civil, lei número 13.015 de 16 de março de 2015, angustiado com a multiplicidade e complicação das agitações na coletividade atualizada, escolheu por expandir o princípio da promoção à justiça, aceitando um graduado apoio das Conveniências Extrajudiciais.[1]

Nesse baleado, o Código de Processo Civil atual alicerçado na contemporânea convergência de desjudicialização das metodologias introduziu o instituto da Usucapião Extrajudicial no ordenamento jurídico nacional. Esta admissão foi realizada atravessadamente nos termos do artigo 1071 do Código de Processo Civil, o qual adiciona os termos do artigo 216-A na Lei de Registros Públicos, lei de número 6.015 de 31 de dezembro de 1973.

Primeiramente, compete salientar que, a entidade da Usucapião pela via administrativa foi constituída no Brasil através da Lei número 11.977/2009, aceitando desde então o emprego das Conveniências Extrajudiciais para esta modalidade. Acontece que, a Usucapião Administrativa exclusivamente era cultivada na condição da Usucapião Especial Urbana, como medial de regularização fundiária de importância igualitária.[2]

De outro acaso, a entidade da Usucapião Extrajudicial antecipado no Código de Processo Civil apresentará aberto aparência de abarcamento, admirando as diferentes castas de Usucapião antecipadas na legislação nacional. De tal modo, causado no bom funcionamento da Usucapião realizado na via Administrativa, elegeu o legislador por arraigar-se uma metodologia que constituirá abundantemente parecido ao que acontece em Portugal.

Embora, ao mesmo tempo de submergir ao tema, admirável apartar que essa metodologia acarretará representações aos Tabelionatos de Notas bem como ao Cartório de Registro de Imóveis, se assemelhando a Portugal e se distanciando da Usucapião realizada na via Administrativa, haja vista que esta só acontece diante a Conveniência Imobiliária.

Dessa atitude, para mais perfeito esclarecimento do argumento, cogente advertir o funcionamento da metodologia da Usucapião Extrajudicial que adentrou em alento no dia 17 do mês de março do ano de 2016. Com isso, assegura o autor Paiva que a brandura a metodologia:

[...] facilitará ao possuidor a aquisição da propriedade imobiliária fundada na posse prolongada porque, representado por advogado e mediante requerimento instruído com uma ata notarial, planta e memorial descritivo do imóvel, certidões negativas e outros documentos, apresentará o pedido ao registro de imóveis em cuja circunscrição esteja localizado o imóvel usucapindo, onde será protocolado, autuado e tomadas todas as

providências necessárias ao reconhecimento da posse aquisitiva da propriedade imobiliária e seu registro em nome do possuidor.[3]

Ainda nessa baila, a metodologia foi adentrada no ordenamento jurídico por alento nos termos do artigo 1071 do Código de Processo Civil que adicionou os termos do artigo 216-A ao escrito da regra de Registros Públicos. De tal modo, compete salientar que nos incisos de I a IV nos termos do artigo 216-A permanecem elencados as informações que necessitam comboiar a demanda, segundo acompanha a composição:

Art. 1.071. O Capítulo III do Título V da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 216-A:

“Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

- I - ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias;
- II - planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes;
- III - certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente;
- IV - justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel.[4]

Ao mesmo tempo de submergir na apreciação da documentação comprobatória que carece comboiar a demanda, apartar-se nos termos do caput do artigo 216-A que esta metodologia é uma escolha ao procedimento extenso e

clássico da Usucapião, assim como, está anuncio os articulares sem avaria do acesso jurisdicional.

Ademais, o agenciamento necessita ser comboiado por advogado, tendo em aspecto a requisição legalística decorrente do afixo postulatório, isto constitui, o agenciamento aborda-se de um pedido abordado com as comprovas documentais pré-constituídas, bem quão grandemente os atestados contrários que confirmam o caráter afável e acomodado da posse, e embora, a ata notarial minada pelo notário.[5]

De tal modo, no que incida ao agenciamento do interessado, este carece ser instruído com as informações proclamas nos termos dos incisos I a IV do artigo supramencionado. Nesta linha, conquanto no caput do artigo apronte que o convocado será acionado abertamente no Cartório de Registro de Imóveis da jurisdição aonde permanecer estabelecido o imóvel, a metodologia se começará diante do Tabelionato de Notas, haja visto que de ajuste com os termos do inciso I, o notário necessita lavrar a ata notarial confirmando o andamento da posse.

Nesse baleado, antes de adentrar com a petição de consideração da Usucapião Extrajudicial, o interessado por sua vez carecerá ir ao Tabelionato de Notas que encontrar-se sediado na abrangência em que seja circunscrito o respectivo imóvel. A comprovação de a posse consistir em ser perpetrada através de ata notarial, a qual, o relator comum do código, Deputado Paulo Teixeira, advertiu que “a ata notarial foi valorizada, com o enaltecimento de sua condição de importante elemento de prova para atestar fatos ou atos úteis ao julgamento da causa”[6].

Neste argumento, coloca nos termos do artigo 384 do Código de Processo Civil, a Ata Notarial que:

Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.[7]

Colocado isso, este admirável ambiente de prova acarretado ao Código de Processo Civil convirá na conjectura de Usucapião como aparelho adequado de abarrotar se estão coevas as condições banais e características a modalidade que constituirá agenciada, logicamente abarrotando por sua vez, o tempo de posse

do requerente e de todo o buque possessório que conforme o direito a obtenção do atributo predial imobiliário.[8]

Acolá da ata notarial, deve ainda o pedido, assim, o agenciamento, ser apreendido com as declarações negativas dos distribuidores da jurisdição da circunstância do imóvel e da residência do requerente, de atitude que constitua confessado que o imóvel não tem pendências que por sua vez anteparem em tempo futuro, assim sendo, depois de usucapido, a sua comercialização, em concordância com os termos estabelecidos conforme expresso no inciso III do artigo 216-A da referida Norma de Registros Públicos.[9]

Também, coloca nos termos do inciso IV do referido artigo em apreciação que o agenciamento carece debelar “justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel”. [10] Aclara o coevo inciso, como configuração de comprovação o justificativo de prestação do IPTU, sendo estimado, não somente neste Código de Processo Civil, mas igualmente no antecedente, como uma prestigiosa amostra no procedimento da Usucapião.[11]

Por derradeiro, o último pré-requisito que carece estar atualizado no agenciamento do interessado em usucapir através do acesso extrajudicial este disposto nos termos do inciso II do artigo 216-A da Regra de Registros Públicos, a qual foi poupada a anotação por pretexto de mais perfeita abrangência da temática. Perante disso, afiança o atualizado inciso que a rogação necessita haver a:

II - planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes; [12]

Apartar-se no atualizado inciso que o agenciamento carece ser instruído com o projeto e memorando descritivo firmado pelo fidalgo de direito real, isto é, o dono do imóvel carece firmar o projeto admitindo que o evidente em se aproveitar-se desta metodologia usucapa por sua vez o seu imóvel. Dessa maneira, feito isto, assim sendo, proporcionada toda a documentação cogente, em advertência aos termos previstos no parágrafo 1º do artigo 216-A “o pedido será

autuado pelo registrador, prorrogando-se o prazo da prenotação até o acolhimento ou a rejeição do pedido”.[13]

Acontece que, como se não chegasse a cominação apregoa nos termos do inciso II do artigo supramencionado, que é obviamente de complexa consolidação, enumera os termos do parágrafo 2º do artigo 216-A em que:

§ 2º. Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, esse será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso em 15 (quinze) dias, interpretado o seu silêncio como discordância.[14]

De configuração bem aberta o parágrafo acima mencionado institui como casta para a análise da petição a assinatura do fidalgo do direito real no projeto do imóvel. Salienta-se também que, em não existindo a assinatura o registrador comunicará o fidalgo do direito real para que anuncie a acedência ou cizânia com a metodologia.

Com toda a confiança esta aquiescência deve ser alcançada de caráter expresso, dado que na conjectura de existir silêncio do fidalgo de direito real, até mesmo a conveniente apatia tudo quanto a concretização da metodologia, representará desacordo. De tal modo, em existindo a precisão da acedência do fidalgo do direito real para a concretização da metodologia é que abrolha uma parábola.[15]

Com decorrência, comprovar-se aqui a ampla problemática deste ampliador, visto que a metodologia da Usucapião Extrajudicial foi afrontada como se constituísse uma composição extrajudicial, isto é, tipicamente consensual. O que por sua vez de fato não é averiguado, uma vez que na Usucapião não é cogente o acordo ou o consentimento dentre o requerido e o requerente. De configuração que, uma vez abarrotada as castas legais pelo usucapiente, este poderá contrair o domínio da propriedade.[16]

Nessa fileira de pensamento, aparta o registrador Paiva que a metodologia da Usucapião Extrajudicial, apresentando em vista o imperativo da acedência do fidalgo do direito real, apresentará seu funcionamento excepcionalmente como “instrumento de regularização fundiária, especialmente dirigida àqueles casos em

que houve um prévio negócio entre o usucapiente e o titular do domínio do imóvel (o que será espelhado pela presença do justo título)".^[17]

Neste argumento, em efeito das exposições arranjadas em afinidade a acedência do fidalgo de direito real, se este pré-requisito não permanecer contemporâneo na solicitação, acontecerá a rejeição da súplica, como bem elucidada os termos do parágrafo 8º do já acenado artigo 216-A da Regra de Registros Públicos: "Ao final das diligências, se a documentação não estiver em ordem, o oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido".^[18]

Em seguida, conquanto a metodologia ajeite-se como probabilidade para usucapir sem cirurgia do Judiciário, os termos do parágrafo 2º acarretou uma confusão para a real concretização da entidade, haja vista que, em não jazendo adequada a documentação o rogo será denegado.

Acontece que, antecedente a negação do rogo pelo oficial do cartório de registro de imóveis, este comunicará e ligará termo para oposições, segundo constitui o parágrafo 3º:

§ 3º. O oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem, em 15 (quinze) dias, sobre o pedido.^[19]

Apesar, apresentarão a probabilidade de se aparecer a propósito do rogo, nos precisos termos do parágrafo 4º:

§ 4º. O oficial de registro de imóveis promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 (quinze) dias.^[20]

De tal modo, é admissível acomodar-se que nos termos dos parágrafos 2º, 3º e 4º constituirão aceitas as onipotências para abonar a alusão dos confrontantes, dos fidalgos de propriedade, dos terceiros velados, bem como dos entes públicos. Contudo, nesta metodologia será despedida o conhecimento do Ministério Público.^[21]

Durante a metodologia, estipula os termos do parágrafo 5º que: "Para a elucidação de qualquer ponto de dúvida, poderão ser solicitadas ou realizadas diligências pelo oficial de registro de imóveis."^[22] Assim sendo, em outras

expressões, aborda-se de uma amostra clara da probabilidade de o oficial registrador agenciar ou alcançar agenciamentos para aperfeiçoar sua persuasão.

Neste assunto, não compete somente ao registrador aclarar suas anfibologias, afiança os termos do parágrafo 7º que: “Em qualquer caso, é lícito ao interessado suscitar o procedimento de dúvida, nos termos desta Lei.”[23] Esta metodologia de anfibologia, em síntese, aborda-se da probabilidade de alterar à análise de um juiz devidamente togado determinado acontecimento que aconteça durante a metodologia extrajudicial, podendo-se impugnar determinado ultimato ou abdica arranjado pelo respectivo oficial registrador. Convida advertir que a captação de anfibologia incide exclusivamente sobre a ação, a metodologia desanda após para o acesso extrajudicial.[24]

Comovidas as alterações argumentativas na concretização da metodologia, aclara os termos do parágrafo 6º que:

§ 6º. Transcorrido o prazo de que trata o § 4º deste artigo, sem pendência de diligências na forma do § 5º deste artigo e achando-se em ordem a documentação, com inclusão da concordância expressa dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso.[25]

Dessa maneira, transcurso o prazo da derradeira atividade sem que acerte resistência, o respectivo oficial do Cartório Registro de Imóveis minutará a obtenção da qualidade imobiliária em denominação do possuidor peticionário. Todavia, em existindo oposição por algum interessado, gera os termos do parágrafo 10 que:

§ 10. Em caso de impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, apresentada por qualquer um dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum.[26]

Com isso, deixa evidente o ampliador alegado que em existindo oposição de alguma parte interessada, o oficial do cartório de registro de imóveis despachará os autos ao juízo adequado, competindo ao impetrante promover a devida emenda da petição inicial que foi alvitre diante o oficial do cartório registro de imóveis, assim sendo, o agenciamento, adaptando-se a metodologia comum.

Nessa linha de raciocínio, em existindo oposição de alguma parte interessada ou em não permanecendo contemporânea a firma do fidalgo de direito real no projeto do imóvel, a metodologia será abandonada pelo oficial do cartório de registro de imóveis, trazendo em aspecto a documentação não se deparar em resolução, como bem constitui os termos do parágrafo 8º do artigo 216-A da Regra de Registros Públicos.[27]

Todavia, afiança os termos do parágrafo 9º que: “A rejeição do pedido extrajudicial não impede o ajuizamento de ação de usucapião”[28]. Dessa maneira, mesmo constituindo abandonado o rogo pelo registrador imobiliário, vale observar que é aceitável concatenar a súplica inicial e adaptar a metodologia comum, ou até ainda alvitrar uma nova ação de Usucapião, haja vista que nos termos do caput do artigo 216-A consente claramente que a Usucapião Extrajudicial é uma alternativa ao jurisdicionado.

Nesse baleado, posteriormente especificar todo a metodologia da Usucapião Extrajudicial no Código de Processo Civil, cogente se faz concluir a presente pesquisa, destacando-se e observando-se a temática aqui proposta.

CONCLUSÃO

A partir da preparação da presente pesquisa, foi admissível averiguar que, de acontecimento, a validade do Código de Processo Civil e a prática da Usucapião Extrajudicial no ordenamento jurídico nacional permitiram uns maiores subsídio das Conveniências Extrajudiciais, em característico do Tabelionato de Notas bem como do Cartório de Registro de Imóveis.

Não restam anfibologias que os fidalgos de incumbência são adequados de assessorar na admirável empreitada de solução das agitações no campo extrajudicial, aparafusados na atualizada convergência de desjudicialização das metodologias. Neste ajuste, confiar-se cogente a maneira de repensar o aparente deslumbramento pelo procedimento judicial. Não é, deste modo, admissível deslembrar a importância e o abarcamento da capilaridade que adota a adjacente das Conveniências Extrajudiciais com observadas a abonar o aprendizado da cidadania bem como a promoção à justiça.

Nessa questão, o ordenamento Processual Civil destaca a valorização dos mediais alternados de soluto de confusões. Em sua constituição, atentar-se em dissolver o exemplar da exploração jurisdicional, no que se aparta a Usucapião Extrajudicial. A entidade será encravada pelo Código de Processo Civil através dos termos do artigo 1071, que acrescentou o artigo 216-A a Norma de Registros Públicos.

Esta metodologia será mais simples, vez que promoverá ao posseiro a obtenção da qualidade imobiliária sem a respectiva homologação de um juiz togado, assim sendo, arrastará a então alçada do Poder Judiciário para as Conveniências Extrajudiciais. E essa mudança de imputações conjeturará no afazer dos Tabelionatos de Notas bem como dos Cartórios de Registro de Imóveis: existirá a compulsão do agenciamento, que é ajeitado diante o registrador, ser sabedor com a respectiva ata Notarial.

Entretanto, considerando a entidade da Usucapião Extrajudicial do diploma Processual Civil compreende-se uma hipotética, que provavelmente aparentará sua efetividade. A composição abonada aos termos do parágrafo 2º do artigo 216-A da Regra de Registros Públicos aborda a metodologia com atitude estritamente consensual, decretando que o fidalgo do direito real firme o projeto do imóvel e, de acertada configuração, aceite que o usucapiante usucapa a sua propriedade imóvel. Em não consistindo em o agenciamento sabedor com tal firma, o registrador avisará o fidalgo de direito real para que coesa ou desafine da metodologia, sendo assinalado o seu silêncio como desacordo.

Dessa maneira, é aí que se depara a dificuldade, de abstrusa solução, articula-se de abertura, que será praticado pela legislação. Acontece que, o silêncio do fidalgo do direito real pode não constituir propriamente desarmonia com a concretização da metodologia, mas sim mera impassibilidade. Contudo, exclusivamente a amostra expressa de acessão aceitará que a metodologia tenha assiduidade. De tal modo, não é abstruso averiguar que provavelmente esta metodologia seja inocente, isto é, não seja efetivamente alocado em aprendizado, haja presença ser muito abstrusa que alguma pessoa aceite abdicar o seu imóvel.

Apresentar-se a persuasão de que a metodologia da Usucapião Extrajudicial conceberá um retrocesso checado ao da Usucapião Administrativa, na avaliação em que naquela o silêncio do fidalgo de direito real não era estimado como cizânia, o que aceitava sua continuação. Confiar-se que uma reformulação na composição dos termos previstos no parágrafo 2º do artigo 216-A da Regra de Registros Públicos, de maneira que seja afrontado da própria configuração com que foi a Usucapião Administrativa, permitirá que o instituto implementado pelo Código de Processo

Civil compita seu material. Assim seja, constituirá cogente que se saia a antevisão do silêncio como cizânia para que possam surtir as consequências almejadas pelo legislador, o qual arquitetou a entidade em meio ao coevo acontecimento da desjudicialização.

Desse costume, perante das comprováveis adivinhas que em tempo futuro se deparará na concretização da Usucapião Extrajudicial no ordenamento jurídico nacional, acredita-se que exista um aprimoramento desta entidade por artifício dos notários e também dos registradores. Acompadrado a isto, achar-se na probabilidade de o assunto ser mais bem regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, na experiência de contornar benfeitor o dispositivo. Isso porquanto, o efetivo arrojado da expressão de Usucapião para as Conveniências Extrajudiciais compor-se-ia em um admirável instrumento no respectivo freamento do crescente apontador de procedimentos judiciais.

Assim sendo, por meio de todo o desvendado, buscou-se conseguir a alteração aborda do instituto da Usucapião Extrajudicial no respectivo Código de Processo Civil, avaliando as representações desta prática nas Conveniências Extrajudiciais e abreviando suas admissíveis burocracias. Desta maneira, contribuiu-se, mesmo que com timidez, para excitar o refinamento dessa acentuada ceifa do conhecimento jurídico, que é o Direito Notarial bem como o Registral, consistindo esse o fundamental desígnio da presente pesquisa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>>. Acesso em: 25 de maio de 2020.

BRASIL. **Projetos de Lei nº 6.025, de 2005 e 8.046, de 2010**. Brasília: 2013, p. 18. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/redacao-final-aprovada-camara.pdf>>. Acesso em: 19 de maio de 2020.

BUENO, Raquel. Usucapião Extrajudicial: Avanço ou retrocesso no novo CPC. **Gran Cursos Online Blog**. Disponível em: <<http://blog.grancursosonline.com.br/palavra-de-quem-entende-usucapiao-extrajudicial-avanco-ou-retrocesso-no-novo-cpc/>>. Acesso em: 23 de maio de 2020.

GOEDERT, Silvia Letícia Tenfen. Usucapião e o pagamento do IPTU. **Tributo Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.tributobrasileiro.com.br/usucapiao-e-o-pagamento-de-iptu/>>. Acesso em: 15 de maio de 2020.

JÚNIOR, Roberto Paulino de Albuquerque. O usucapião extrajudicial no novo Código de Processo Civil. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-18/direito-civil-atual-usucapiao-extrajudicial-codigo-processo-civil#top>>. Acesso em: 26 de maio de 2020.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: Teoria e Prática**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.

PAIVA, João Pedro Lamana. Novo CPC introduz a Usucapião Extrajudicial no país. **Instituto de Registro Imobiliário do Brasil**. Disponível em: <http://irib.org.br/arquivos/biblioteca/Versa771o_correta_Artigo_Lamana_Paiva_Usucapiao.pdf>. Acesso em: 22 de maio de 2020.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Érica Barbosa e. Desjudicialização e o novo CPC. **ARPEN-SP**. Disponível em:

<<http://www.arpensp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MjcwNzA=&filtro=2&Data=&dia=>>>. Acesso em: 26 de maio de 2020.

NOTAS:

[1] SILVA, Érica Barbosa e. Desjudicialização e o novo CPC. **ARPEN-SP**. Disponível em:

<<http://www.arpensp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MjcwNzA=&filtro=2&Data>

=&dia=>. Acesso em: 26 de maio de 2020.

[2] RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1077.

[3] PAIVA, João Pedro Lamana. Novo CPC introduz a Usucapião Extrajudicial no país. **Instituto de Registro Imobiliário do Brasil**. Disponível em:

<http://irib.org.br/arquivos/biblioteca/Versa771o_correta_Artigo_Lamana_Paiva_Uscapiao.pdf>. Acesso em: 22 de maio de 2020.

[4] BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2020.

[5] JÚNIOR, Roberto Paulino de Albuquerque. O usucapião extrajudicial no novo Código de Processo Civil. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-18/direito-civil-atual-usucapiao-extrajudicial-codigo-processo-civil#top>>. Acesso em: 26 de maio de 2020.

[6] BRASIL. **Projetos de Lei nº 6.025, de 2005 e 8.046, de 2010**. Brasília: 2013, p. 18. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/redacao-final-aprovada-camara.pdf>>. Acesso em: 19 de maio de 2020.

[7] BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2020.

[8] PAIVA, João Pedro Lamana. Novo CPC introduz a Usucapião Extrajudicial no país. **Instituto de Registro Imobiliário do Brasil**. Disponível em:

<http://irib.org.br/arquivos/biblioteca/Versa771o_correta_Artigo_Lamana_Paiva_Uscapiao.pdf>. Acesso em: 22 de maio de 2020.

[9] BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2020.

[10] *Ibidem*.

[11] GOEDERT, Sílvia Letícia Tenfen. Usucapião e o pagamento do IPTU. **Tributo Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.tributobrasileiro.com.br/usucapiao-e-o-pagamento-de-iptu/>>. Acesso em: 15 de maio de 2020.

[12] BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2020.

[13] *Ibidem*.

[14] *Ibidem*.

[15] PAIVA, João Pedro Lamana. Novo CPC introduz a Usucapião Extrajudicial no país. **Instituto de Registro Imobiliário do Brasil**. Disponível em:

<http://irib.org.br/arquivos/biblioteca/Versa771o_correta_Artigo_Lamana_Paiva_Usucapiao.pdf>. Acesso em: 22 de maio de 2020.

[16] PAIVA, João Pedro Lamana. Novo CPC introduz a Usucapião Extrajudicial no país. **Instituto de Registro Imobiliário do Brasil**. Disponível em:

<http://irib.org.br/arquivos/biblioteca/Versa771o_correta_Artigo_Lamana_Paiva_Usucapiao.pdf>. Acesso em: 22 de maio de 2020.

[17] *Ibidem*.

[18] BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2020.

[19] BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.
Acesso em: 25 de maio de 2020.

[20] *Ibidem*.

[21] BUENO, Raquel. Usucapião Extrajudicial: Avanço ou retrocesso no novo CPC. **Gran Cursos Online Blog**. Disponível em: <<http://blog.grancursosonline.com.br/palavra-de-quem-entende-usucapiao-extrajudicial-avanco-ou-retrocesso-no-novo-cpc/>>. Acesso em: 23 de maio de 2020.

[22] BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.
Acesso em: 25 de maio de 2020.

[23] *Ibidem*.

[24] LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: Teoria e Prática**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 397.

[25] BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.
Acesso em: 25 de maio de 2020.

[26] BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.
Acesso em: 25 de maio de 2020.

[27] BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.
Acesso em: 25 de maio de 2020.

[28] BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.
Acesso em: 25 de maio de 2020.

O DIREITO DE APRENDER DIREITO: A NECESSIDADE DA INCLUSÃO DO ENSINO BÁSICO JURÍDICO NA EDUCAÇÃO BRASILEIRA

MAISA TAMIRES LEAL DE CARVALHO:

Curso de Direito pelo Centro Universitário Una
Contagem

Resumo: O presente trabalho visa analisar a importância da educação jurídica para os indivíduos, alunos, futuros cidadãos brasileiros, como forma de cumprir com os princípios e garantias fundamentais previstos na Constituição da República. Para tanto, serão estudados inicialmente aspectos gerais sobre a educação, previsões legais e a forma como é ministrada hoje no Brasil, buscando o entendimento acerca da atual realidade e necessidade de avanço e mudança com a inclusão das noções de direito como disciplina na educação básica. Após far-se-á um levantamento das vantagens da aplicação prática deste direito, como instrumento de transformação social e econômica, do país, gerando evolução no desenvolvimento pessoal e profissional dos indivíduos e garantindo a igualdade prevista no texto constitucional. Por fim, serão apresentados casos práticos pesquisados, onde o acesso ao ensino jurídico básico já é realidade, e demonstrados os resultados obtidos com esta prática. Adotou-se na pesquisa a metodologia referencial bibliográfica, utilizando-se de livros, artigos e obras que versam a respeito do tema ora estudado e da legislação brasileira, bem como estudos de casos.

Palavras-chave: Cidadania. Direito de acesso à justiça. Direito na educação básica. Educação jurídica básica. Noções de Direito.

Abstract: The present work aims to analyze the importance of legal education for individuals, students, future Brazilian citizens, as a way of complying with the fundamental principles and guarantees provided for in the Constitution of the Republic. To this end, general aspects of education, legal provisions and the way it is taught today in Brazil will be initially studied, seeking an understanding of the current reality and the need for progress and change with the inclusion of notions of law as a discipline in basic education. Afterwards, there will be a survey of the advantages of the practical application of this right, as an instrument of social and economic transformation, generating evolution in the personal and professional development of individuals and guaranteeing the equality provided for in the constitutional text. Finally, practical cases researched will be presented, where access to basic legal education is already a reality, and the results obtained with this practice will be demonstrated. The bibliographic referential methodology was adopted in the research, using books, articles and works that deal with the subject studied and Brazilian legislation, as well as case studies.

Key-words: Citizenship. Law in basic education. Basic legal education. Right of access to justice.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Educação: o direito fundamental que tem o poder de mudar o mundo. 2.1 A regulamentação da educação pelas leis no Brasil. 2.1.1 A constituição Federal Brasileira e a garantia à educação. 2.1.2 LDBEN – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional: objetivos e resultados obtidos. 3. Conveniência e benefícios que poderão trazer a inclusão da disciplina de noções de direito na educação básica. 3.1. Formação e construção de cidadãos: Direitos sociais, civis, políticos. 3.1.1 Direitos e deveres sociais difusos. 3.1.2 Direitos civis: conhecimento que gera igualdade no acesso à justiça. 3.1.3 Direitos Políticos. 4. Como incluir a disciplina de aprendizado básico do direito na educação brasileira. 4.1 Leis e projetos de leis que já tratam do tema. 5. Onde já é realidade a aplicação do ensino de direito nas escolas e quais os resultados. 5.1 Projeto Conhecer Direito. 5.2 Projeto OAB vai à escola. 6.As diretrizes e metas do brasil para a educação e a necessidade de adequação. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1.Considerações iniciais

A inclusão das noções de direito na educação brasileira trata-se da inserção de uma disciplina voltada para educação jurídica básica para todos os alunos, futuros cidadãos brasileiros, como forma de garantir o desenvolvimento pessoal, profissional e o verdadeiro acesso à cidadania e à justiça, assegurando a compreensão de seus direitos e deveres, concebendo nova oportunidade veraz de cumprir com a promessa de igualdade estampada na Constituição da República do Brasil, através da única alternativa apta para tanto, a educação.

A educação é forma de transmissão de conhecimentos, que tem o intuito de preparar o ser humano para conviver, viver e se desenvolver, é hoje o que de mais valioso podemos oferecer ao ser humano, como oportunidade de desenvolvimento, crescimento e recurso para alcançar a igualdade.

O direito à igualdade e direito à educação foram as conquistas mais notáveis na esfera jurídica para o ser humano, pois o primeiro possibilita a todos exercerem seus direitos sem heterogeneidade, enquanto o segundo oportuniza a possibilidade de crescimento, a única forma de conquistar a igualdade social, pessoal, profissional, e assim efetivamente diminuir o abismo da desigualdade, fruto de nossa história, da forma que almeja o povo e impõe a nossa lei magna.

A Constituição Federal, como lei magna prevê o direito a igualdade, direito de acesso ao judiciário, à cidadania e à educação de qualidade, sendo este último, o caminho para o alcance do demais citados, e se trata de um direito para todos,

dever do Estado e da família, e tem por objetivo o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Contudo, observa-se que na realidade coeva, a forma como é aplicada a educação no Brasil, não tem se mostrado eficaz em cumprir com todos os objetivos previstos na Constituição e os princípios da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, bem como alcançar as metas e diretrizes previstas para a educação no Brasil.

Entretanto, é possível concernir com o objetivo previsto e almejado pelas leis, de forma satisfatória, acompanhando o desenvolvimento da humanidade, que já está preparada para experienciar o próximo nível de necessidades do indivíduo, como impõe a realidade contemporânea, pois após superados, de certa forma outros desafios, o que se faz necessário é a continuidade no desenvolvimento do ser humano, tornando-o capaz de quebrar definitivamente as correntes que ainda impedem o ultrapassar dos limites da desigualdade, conferindo aos brasileiros capacidade de pensamento crítico, desenvolvimento da cidadania, e a capacidade de defesa de seus direitos e cumprimento com seus deveres legais, e conseqüentemente, contribuindo para o desenvolvimento do país e da sociedade como um todo.

O instrumento capaz de fornecer meios para cumprir com este desígnio é o ensino jurídico básico, pois é através do direito que se aprende a exercer a cidadania, tem-se acesso às normas de convivência em sociedade, e acesso ao judiciário, uma vez que o que diz respeito a estes assuntos são regulados e especificados pelas leis. Leis que, de nada servem se os destinatários finais não receberem a correta informação, na forma de educação, o que se faz necessário para ter o adequado acesso ao Direito.

Isto posto, percebe-se que os sujeitos do direito não tem o conhecimento sobre ele, o que é um problema, que pode ser solucionado reconhecendo que a proposta de implementação de matérias relacionadas ao direito na educação brasileira é de extrema relevância para colaborar para a mudança da realidade do nosso país, e cumprimento das Leis, através deste ensino que pode ser disponibilizado à população em forma de educação.

Assim, o presente trabalho busca analisar a conveniência e os benefícios que poderão trazer a inclusão da disciplina de noções de Direito na educação básica a ser trabalhada de forma mais completa na vida dos alunos, contribuindo para a sua formação enquanto cidadãos e pessoas, com o aumento de sua

capacidade através do conhecimento jurídico específico, concebendo cidadãos conscientes, críticos e participantes nas questões ligadas a cidadania e democracia, bem como capazes de lutar pelos seus direitos individuais e coletivos nas situações necessárias, buscando ajuda dos juristas para fazer valer seus direitos, sendo esta a solução para diversos problemas sociais, e ainda, um dos recursos para o crescimento do país, bem como das pessoas como cidadãos, os tornando, além de meros espectadores do mundo jurídico, pessoas conscientes, capazes e empoderadas para lutar por um país melhor para todos.

O estudo e análise da inserção do direito como disciplina obrigatória no ensino regular mostra-se relevante para o mundo jurídico, tendo em vista a importância do conhecimento de todos aqueles que estão tutelados e limitados pelas normas e princípios contidos nele, obtendo a capacidade para se fazer um sujeito de direitos e obrigações, possuindo o discernimento necessário para entender e utilizar disto com o intuito de garantir uma boa convivência em sociedade. Convivência esta, que será beneficiada de forma magnânima com a aprendizagem de tudo aquilo que seja proeminente para os alunos nas escolas, que é o lugar onde se formam os cidadãos. Também é relevante por oportunizar maior acesso ao judiciário, tendo em vista que a consequente a busca pela justiça, pelos seus direitos se dará em maior número, pois não se busca o que não se conhece.

O objetivo deste trabalho é atentar para a necessidade imperiosa de tornar realidade a inclusão do ensino básico jurídico à todos, pois apesar de já haverem ações neste sentido em andamento, como projetos sociais e projetos de leis, é necessário despertar a sociedade para conhecer as consequências benévolas que trarão o uso desta ferramenta capaz de conferir força efetiva fática ao texto constitucional, possibilitando que este desejo - de uma grande melhora através da inclusão da aprendizagem de Direito nas escolas, seja um interesse em comum da população e do Estado, pois, se a sociedade alvo passar a observar esta necessidade, estariam dispostos a defender a inclusão deste tema na educação básica, por entender que o assunto é especial e importante para a sociedade.

2. Educação: o direito fundamental que tem o poder de mudar o mundo

A educação é um conjunto de ações, o ato de ensinar e aprender, é uma forma de transmitir informações, conhecimentos e habilidades, resultando em uma intervenção benévola no processo de desenvolvimento do ser humano, gerando benefícios nos âmbitos pessoal, social e profissional.

Educar, na realidade, se traduz em um conjunto de conhecimentos transmitidos a cada pessoa, com o objetivo de acrescentar algo que possa ajudar em alguma situação real vivenciada ao longo da vida, e contribuir para que a pessoa seja agente de mudanças em sua própria vida, assim como da sociedade como um todo, consoante as sábias palavras de Nelson Mandela: "A educação é a arma mais poderosa que você pode usar para mudar o mundo." (MANDELA, 2013).

A partir destas definições é possível refletir se a educação tem cumprido com todas as funções a que se destina de forma satisfatória em nosso país, e a conclusão a que se chega é que falta algo que complete neste sentido, de gerar o crescimento em todas as áreas mencionadas. Como acredita Menezes: "A educação é o vetor do progresso, ela fornece a base para a esperança num plano de conjunto da evolução humana, de um progresso geral rumo ao melhor", (MENEZES, 2000).

Observa-se que ao longo dos anos, houve enorme evolução intelectual e social do ser humano, e que a educação se encontra em um estágio que não mais satisfaz todos os anseios e necessidades do cidadão brasileiro, que já se encontra em um momento aberto ao próximo passo de evolução. De acordo com Arantes: "A sociedade solicita que a educação assuma funções mais abrangentes que incorporem em seu núcleo de objetivos a formação integral do ser humano." (ARANTES, 2003)

Por possuir impacto de extrema relevância, é necessário que seja ofertada uma educação de qualidade, não só pela expectativa de melhor qualidade de vida e obtenção de emprego, mas para o desenvolvimento mais completo de cada indivíduo, e evolução da sociedade, através daqueles que definirão o nosso futuro.

É através da escola, que se iniciam os primeiros projetos de vida, portanto, faz-se necessário uma formação intelecto e moral de qualidade. Consoante afirmação do filósofo Immanuel Kant: "O ser humano é aquilo que a educação faz dele." (KANT, 2016), e esta formação de cada um, quando proporcionada com qualidade para todos é que contribui para que toda a humanidade evolua em conjunto.

Alguns autores e estudiosos afirmam que cabe a educação iniciar um processo de aprendizagem contínuo que possibilite às crianças, jovens e adultos alcançarem a excelência em suas habilidades de aprendizagem e habilidades sociais, os tornando dedicados, críticos e capacitados para exercer um papel ativo na sociedade. Arantes chama atenção que:

A sociedade atual necessita de uma educação do aluno como um todo, um ser humano complexo que deve ser trabalhado em diversas áreas e não apenas a cognitiva. A escola deve formar pessoas preparadas para o mundo e não apenas para

provas, ou seja, a escola deve também ter em seu planejamento um ensino voltado para educação em valores. (ARANTES,2003)

A necessidade da sociedade de ter esta educação mais completa é clara, e a função do estado neste processo é promover e dar condições aos cidadãos para que todos tenham acesso à educação de qualidade e, por conseguinte, formar pessoas com discernimento para analisar questões ligadas ao cotidiano e profissionais aptos não só ao mercado de trabalho, mas a se desenvolver e contribuir para o desenvolvimento da sociedade. Este resultado só pode ser alcançado através da educação, que deve ultrapassar os limites do ensino comum, pois na educação básica deve ser ensinado o primordial para formar cidadãos com conhecimento suficiente para viver em sociedade. Contudo, a língua portuguesa ensina a comunicação, a matemática o necessário para lidar com o dinheiro e tudo que precise ser contado, a geografia contribui com a noção do espaço, a história com o conhecimento sobre o passado, para entender por que da nossa atual vivência, as ciências ajudam a compreender sobre a natureza que nos cerca e a própria natureza biológica. No entanto, é notório que o Direito é claramente essencial para o ser humano, pois, por ser ele um ser social, necessita do contato com outros indivíduos, e no Direito se encontram as regras para convivência em sociedade, exprimidas através das leis, que também oferecem a proteção aos direitos destas pessoas.

Portanto, a ferramenta capaz de proporcionar a continuidade da evolução das pessoas, principalmente no âmbito social, de forma a cumprir com as leis que asseguram além do direito à educação, o direito à igualdade e o direito de acesso à justiça, bem como o efetivo exercício da democracia, defendidos pela nossa atual Constituição é o Direito, que para cumprir com estes objetivos, apenas necessita ser apresentado em seus aspectos mais importantes, de forma geral e didática. Consoante as sábias palavras do filósofo Habermans: "A filosofia é a ciência que pode melhorar o mundo, mas o direito é a única ciência que pode mudar o mundo". (HABERMANS, 1992).

Portanto, o ensino básico do Direito se mostra essencial para formar cidadãos conscientes, e permitir que se inicie um novo nível de evolução da sociedade, pois se disponibilizado para todos, sem distinção, através do progresso de cada um, poderemos alcançar uma mudança benévola e poderosa de todo o país.

2.1 A regulamentação da educação pelas leis no Brasil

Como importante direito dos brasileiros, a educação é regulamentada por leis próprias e mereceu um capítulo na Constituição Federal de 1988, com um total

de dez artigos, que dispõem que a educação é um direito social de todos. Desta forma, elucida princípios que devem ser respeitados para que este direito seja pleno e alcance a todos da melhor forma. Assim, a Constituição define e defende o direito a educação de qualidade para todos. Logo, observado o caráter de obrigatoriedade da aplicação da lei, não se pode negar a qualquer cidadão a aplicação do direito à educação plena e de qualidade, conforme previsto na Constituição Federal de 1988. Portanto, a educação de qualidade, além de necessária, é um direito de todos, assegurado por lei.

A Lei 9.394 de 1996, sancionada em dezembro de 1996, a LDBEN – Lei de Diretrizes e bases da educação, hoje é a responsável por regulamentar o sistema educacional brasileiro, público e privado, e ressalta princípios e os deveres do Estado para com a educação, definindo detalhadamente os direitos educacionais, bem como sistematizando e unificando aspectos concernentes do direito à educação no país, definindo as diretrizes e bases obrigatórias a serem seguidas, em consonância com o disposto na lei magna.

3.A constituição Federal Brasileira e a garantia à educação

Classificada como democrática, sendo por vezes chamada de Constituição cidadã, baseada principalmente na igualdade, garantindo direitos suprimidos e novos, trouxe um avanço com relação aos direitos humanos, estabelecendo os direitos mais valiosos, que são os fundamentais, e enfatizou serem assegurados a totalidade dos indivíduos, sem distinção.

A Constituição é a lei que se encontra no topo do ordenamento jurídico, e por este motivo, conhecida como Lei Magna, pois serve de parâmetro de validade para todas as outras normas, devendo elas serem interpretadas em consonância com a mesma, bem como priorizada a sua aplicação no caso de conflito com alguma das demais leis do ordenamento jurídico brasileiro. Ela é uma conquista, um sonho que já se faz real no plano jurídico, pois foi promulgada em 5 de outubro de 1988, e registrada como a maior das leis, uma norma para ser respeitada e perpetrada, mas que ainda não alcançou o máximo de sua aplicação prática, sendo possível visualizar no atual cenário brasileiro, a contrariedade que muitas vezes a realidade fática nos mostra.

A maior conquista da nossa atual Constituição, sem dúvidas foi o estabelecimento dos direitos e garantias individuais, que foram garantidos a todos os cidadãos, seja brasileiro nato ou naturalizado. Os direitos fundamentais são aqueles inerentes a natureza humana, incluem os direitos individuais, coletivos e sociais. No plano dos direitos sociais, incluso entre várias outras garantias também

importantes, o mais significativo era e permanece sendo aquele capaz de dar ao povo a real liberdade de traçar e escolher seu futuro, e contribuir verdadeiramente para a evolução do país, a educação. Portanto, a educação por ser um direito fundamental, está vinculada ao princípio da dignidade humana, disposta na classe dos direitos sociais, conforme o art. 6º da CF/88: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." (BRASIL, 1988).

Desta forma, a educação é um direito fundamental social assegurado pela Constituição por se tratar de uma importante ferramenta para o desenvolvimento dos indivíduos, e não simplesmente por fornecer a formação necessária para inserção no mercado de trabalho, pois ela impacta principalmente na compreensão do mundo e na convivência em sociedade. Nesse sentido, leciona Stefano: "A educação é tratada como um direito social por ser responsável pela preparação da cidadania e para formação de recursos humanos, que permitirá garantir o desenvolvimento social construindo uma sociedade livre, justa e solidária. (STEFANO, 2014).

A educação, enquanto direito social, possibilita que as pessoas adquiram conhecimento necessário para lutar pelo desenvolvimento de toda a sociedade, cumprindo com os objetivos da República.

Dada a importância da educação enquanto direito social, a carta magna dispõe sobre as normas a este respeito no capítulo que trata da ordem social, iniciando com o art. 205 da Constituição da República, que preceitua: "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988).

Neste sentido, é importante perceber que a educação é um indispensável direito de todo cidadão, por ser o primeiro contato do indivíduo com a sociedade, moldando a sua conduta e o seu caráter, aperfeiçoando-o enquanto pessoa e cidadão, de forma a prepara-lo para a vida em sociedade, e por este motivo se tornou dever do estado em conjunto com a família, pois educação é iniciada em casa, com ensinamentos dos pais e demais pessoas ligadas ao cidadão, o local em que, geralmente se aprende o papel da cidadania, assim como os deveres e direitos de uma pessoa enquanto cidadão. Contudo, o conhecimento neste sentido oferecido é muitas das vezes insuficiente, por não haver conhecimento cabal por parte da família sobre determinados assuntos, que se fazem necessários para a convivência em sociedade e formação da cidadania. De tal modo, a família assume a responsabilidade da formação e desenvolvimento das crianças enquanto cidadãos, sem, no entanto,

possuir a capacidade plena para tanto, insurgindo na dificuldade em repassar o conteúdo indispensável para ser tornarem adultos plenamente capazes de compreenderem seus papéis no corpo social do país, e ter domínio da compreensão de seus direitos e deveres. Logo, a família, tendo o mesmo tipo de educação que o Estado proporcionou não está preparada no sentido de proporcionar às outras gerações o conhecimento em todas as áreas mais necessárias ao desenvolvimento da cidadania e convivência social.

A colaboração da sociedade também se faz necessária, conforme descrito no artigo mencionado, no entanto, cumpre ressaltar que esta sociedade é formada por cidadãos no mesmo patamar de conhecimento, que pouco tem a acrescentar no desenvolvimento da pessoa neste sentido, de seu preparo para exercício da cidadania, tendo em vista que a sociedade necessita de instrução através da educação, que é dever do Estado, e este não tem cumprido integralmente com sua fração de responsabilidade, de suma importância neste processo de formação dos indivíduos.

Assim, percebe-se que o pleno desenvolvimento da pessoa não é alcançado na íntegra, tendo em vista a falta de instrução voltada à preparação e desenvolvimento dos brasileiros enquanto cidadãos, aptos a exercitar plenamente a cidadania, fator muito importante para a convivência em sociedade e vivência do ser humano.

Portanto, percebe-se que a responsabilidade com a educação, como forma de alcançar os fins descritos no artigo é quase que exclusiva do Estado, pois para que a família e a sociedade possam cumprir com seus papéis neste desígnio, é necessário que haja uma formação mais adequada daqueles de quem se espera a contribuição, para que se possa efetivamente contar com o apoio da família e da sociedade neste intento, e alcançar um novo patamar de evolução da sociedade.

Apesar de a carta magna preocupar-se com o desenvolvimento dos cidadãos, a tentativa de sua aplicação, na realidade factual, não consegue cumprir com este desígnio da forma como almejou o legislador e necessita o cidadão brasileiro, agregando, transformando e possibilitando a proteção a todos os direitos assegurados. É necessário que o processo de educar alcance objetivos maiores, como acredita Paulo Freire:

Educar é construir, libertar homens e mulheres do determinismo, passando a reconhecer o seu papel na história, considerando a sua identidade cultural na sua dimensão individual e coletiva. Sem respeitar essa identidade, sem

autonomia ou sem levar em conta as experiências vividas, o processo educativo será inoperante e constituirá somente um conjunto de meras palavras, despidas de significação real. (FREIRE, 2013)

Constata-se que o dever do Estado de educar, não é simples verbo com significado de acrescentar algum tipo de aprendizado aleatório, vai além de repassar conceitos e ideias pré-definidas acerca de temas que, algumas vezes, não serão utilizados em algum momento de suas vidas, se tornando um conhecimento sem relevância, sem aplicação prática, enquanto o Direito é necessário para a convivência e vivência diária de todos.

Visto que, na educação fornecida pelo Estado é que se deve ser ensinado o primordial, essencial para formar cidadãos com conhecimento suficiente para viver em sociedade, o art. 206 da Constituição da República elenca princípios que servem como base para aplicação do direito a educação.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, a liberdade de aprender e ensinar é prejudicada pelo próprio Estado ao estabelecer o conteúdo que deve ser ministrado, dando prioridade e amplitude ao estudo das disciplinas com o intuito apenas de preparar os alunos para realizarem provas para vestibulares, deixando uma carência no que diz respeito ao desenvolvimento capaz de transformar a sociedade em um lugar melhor para se viver. Desta forma, se pode observar uma ditadura educacional, Moraes dispõe que:

Em uma sociedade composta por um mosaico de valores éticos, políticos e culturais, educar o ser humano, não mais se restringe exclusivamente para exercer um ofício ou aprender uma única cultura. Há inúmeros motivos para que sejam incluídas no ensino médio disciplinas jurídicas. Mas a basilar, é formar um cidadão, indivíduos formadores de opiniões, conhecedores dos seus direitos e de seus deveres. Não apenas indivíduos com o objetivo de decorar conteúdos, fórmulas, regras, que serão usados em concursos para ingressarem em curso universitário. Mas sim um

indivíduo capaz de se formar cidadão com dignidade, caráter, formação moral e social, capaz de exigir seus direitos e dessa forma, fazer parte da construção de um país mais justo para todos. (MORAES, 2013).

A necessidade de agir para que seja ministrada uma educação que contribua com as necessidades do ser humano não tem sido totalmente observada em nossa sociedade. Talvez haja falta de interpretação e conhecimento para conseguir chegar ao feito de aplicar integralmente o que é estabelecido pela CF/88, assim como pode ser que o problema seja o abuso de poder, ou a falta de importância dada ao próximo para se dispor a garantir a aplicação dos direitos àqueles que não possuem o conhecimento deles, diminuindo a sua capacidade para defesa dos mesmos.

Independentemente do que ocasione o problema, o importante é compreender que tudo isso pode ser mudado, através da educação jurídica básica.

4.LDBEN – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional: objetivos e resultados obtidos

A Lei nº 9394/96 foi a segunda criada no Brasil para este fim, e é a atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN). Ela se trata da legislação que regulamenta o sistema educacional do Brasil, da educação básica ao ensino superior, define as diretrizes e parâmetros para aplicação da educação em nosso país.

Assim, a Lei que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional no artigo 1º aduz que: "A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais" (BRASIL, 1996)

Desta forma, aponta que a educação deve abarcar a disponibilização de um conhecimento completo em todos os âmbitos necessários ao desenvolvimento humano para sua formação, principalmente no âmbito social.

A LDBEN é responsável e dá legitimidade a União, com a colaboração dos estados, para criar o plano Nacional de Educação, conforme o art. 9º desta Lei: "A União incumbir-se-á de: I - elaborar o Plano Nacional de Educação, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; II - organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais do sistema federal de ensino e o dos Territórios" (BRASIL, 1996)

O plano Nacional de Educação determina diretrizes, metas e estratégias para a política educacional por um período de 10 (dez) anos. Desta forma, pode-se perceber a responsabilidade principal da União quando determina essas metas, devendo traçar as melhores estratégias para que sejam alcançados os objetivos.

Assim, espera-se que haja empenho por parte dos responsáveis para traçar os caminhos para o futuro dos brasileiros, de forma que acompanhe a evolução histórico-cultural e não negligencie as necessidades de conhecimento específico para formar cidadãos conscientes e críticos.

Contudo, podemos perceber que a própria LDBEN aponta os fins que devem ser alcançados ao traçar as metas, que claramente estão de acordo com o proposto neste trabalho, o que podemos observar, ao analisar os princípios base para ministração do ensino, com especial destaque para o disposto no art. 3º XI da LDBEN: "O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: XI - vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais." (BRASIL, 1996)

Se tratando das práticas sociais, temos a clara visão de que não é um tema que atualmente é trabalhado no ensino básico em nosso país de forma completa, apesar de ser um dos princípios em que deve-se basear para ministrar a educação, as práticas sociais não são estimuladas por não haver matéria que comporte avanços nesta área para os alunos, o que de fato, é necessário para comportar o desenvolvimento destes enquanto sujeitos de direitos e obrigações, capaz de conceber o pensamento analítico, propiciando o autodesenvolvimento enquanto ser humano, de forma a prevenir a alienação da população acerca de temas que lhe dizem respeito diretamente enquanto cidadãos. Conforme disposto no artigo 22 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação: "A educação básica tem por finalidades desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores." (BRASIL, 1996).

São claras as finalidades da Lei orientadora da educação para o desenvolvimento dos alunos, ressaltando a imposição de ser assegurada a instrução para exercício da cidadania, resta incontroverso que é necessário que faça parte da formação escolar dos alunos uma disciplina capaz de propiciar tudo isso, pois se trata de uma das principais finalidades previstas na lei, sendo certo que para serem atingidos estes objetivos não se deve continuar negligenciando a inclusão de uma matéria que leve ao cumprimento desenvolvimento da cidadania, cumprindo com a imposição da legislação. De acordo com Arantes:

A sociedade solicita que a educação assuma funções mais abrangentes que incorporem em seu núcleo de objetivos a formação integral do ser humano. Essa proposta educativa objetiva a formação da cidadania, visando que alunos e alunas desenvolvam competências para lidar de maneira consciente, crítica, democrática e autônoma com a diversidade e o conflito de ideias, com as influências da cultura e com os sentimentos e as emoções presentes nas relações que estabelecem consigo mesmos e com o mundo à sua volta. (ARANTES, 2003)

Assim, uma das diretrizes básicas que deve ser observada ao selecionar as disciplinas que devem ser oferecidas nas escolas está incluída no art. 27 da LDBEN: "Os conteúdos curriculares da educação básica observarão, ainda, as seguintes diretrizes: I - a difusão de valores fundamentais ao interesse social, aos direitos e deveres dos cidadãos, de respeito ao bem comum e à ordem democrática; " (BRASIL, 1996)

Percebe-se que deverão ser oferecidas na grade curricular disciplinas que difundam valores fundamentais ao interesse social, que promovam o acesso aos direitos e deveres do cidadão, bem como o respeito à democracia e bem comum da população. Para estar em conformidade com esta diretriz, é fundamental que os responsáveis que selecionam a grade de disciplinas da educação básica observem o que impõe o artigo, para pautar suas decisões de inclusão de disciplinas que cumpram plenamente com o legislado de forma correta, pois é de suma importância para o desenvolvimento das pessoas e do país, visto que o papel da escola é o de ensinar o aluno a ler o mundo e nele intervir positivamente.

Ainda acerca da obrigatoriedade de alguns conteúdos comuns, que devem ser incluídos em todas as instituições educacionais, a LDBEN dispõe no artigo art. 26, parágrafo 9º que:

Art. 9º: Os currículos da educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio devem ter base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e em cada estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e dos educandos.

§ 9º Conteúdos relativos aos direitos humanos e à prevenção de todas as formas de violência contra a criança e ao adolescente serão incluídos, como temas transversais, nos

currículos escolares de que trata o caput deste artigo, tendo como diretriz a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), observada a produção e distribuição de material didático adequado. (BRASIL, 1996)

Pode-se observar que falta a disciplina apta para versar sobre os direitos humanos, e prevenção da violência contra a criança e do adolescente, em respeito ao Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo incontroverso qual a disciplina necessária para suprir esta carência.

Portanto, ao analisarmos como a educação básica está inserida na realidade do país atualmente, e quais são as disciplinas que fazem parte da grade escolar, percebe-se a falta da disciplina que supriria grande parte do que ainda não é aplicado na prática, mas que já faz parte do objetivado pelas leis, restando claro que a disciplina apta a suprir o cumprimento destes desígnios é a que proporcione noções de Direito.

Ainda que se alegue que já há a aplicação destes temas primordiais, previstos na lei, o contexto fático demonstra que não é suficiente para alcançar a totalidade dos fins almejados pelo legislador e desejados pela população.

A educação brasileira apresenta muitas falhas, mas a inexistência nas grades curriculares de disciplinas básicas jurídicas é especialmente prejudicial em um país que necessita de crescimento, pois é evidente que a falta da disseminação dos conhecimentos básicos de Direito nos âmbitos educacional e social no Brasil refletem vários problemas, que, ante a expansão deste conhecimento, não existiriam.

Assim, a falta de aprofundamento da educação jurídica na educação regular se mostra como um problema, negando aos brasileiros o poder do conhecimento concreto de seus direitos, e para mudar isto, faz -se necessário que a sociedade defenda e proponha a inclusão de disciplinas jurídicas nas grades curriculares. É necessário reconhecer e tratar a deficiência com relação a este conhecimento, e eliminar as consequências de sua falta para os alunos, assim como para a sociedade, sendo de extrema importância a inclusão do ensino jurídico na educação básica, para estar plenamente de acordo com a legislação que trata sobre este tema, cumprindo integralmente com o disposto na constituição e nas Diretrizes e Bases da Educação nacional, bem como beneficiando a todos, com a formação de cidadãos conscientes e aptos a exercerem sua cidadania, com o intuito de construir sua consciência jurídica no âmbito de seus direitos e deveres, atentando-se as grades curriculares, para atender as necessidades da sociedade de formar cidadãos preparados para as experiências sensoriais e interpessoais, visando a evolução da própria sociedade.

5. Conveniência e benefícios que poderão trazer a inclusão da disciplina de noções de direito na educação básica

A introdução da educação jurídica na educação básica no Brasil é de suma importância para contribuir com para a formação de uma nova geração consciente de seus direitos e deveres em um Estado Democrático.

O direito é o meio a se chegar à justiça. Com isso, nada mais justo que o cidadão possa aprender desde cedo nas escolas regulares seus direitos e deveres perante o Estado e a sociedade. Seria uma grande contribuição para a sociedade, para os estudantes, futuros cidadãos, bem como para o nosso país levar o ensinamento básico do Direito aos alunos do ensino regular, como uma forma de garantia da justiça, pois a ignorância de seus direitos e deveres não permite que haja a justiça isonômica pela qual lutamos e insistimos ao longo da história.

É importante ressaltar que a aplicação desta ideia possibilitará crescimento intelectual e humanístico dos estudantes, ampliando o conhecimento de direitos e incentivando a luta pela justiça, tendo em vista que este aprendizado pode contribuir com a capacidade de resolução de assuntos cotidianos ligados às normas pelos sujeitos do direito, assim como para o desenvolvimento dos cidadãos, e consecutivamente o desenvolvimento da nação como um todo, tendo em vista que um cidadão adulto possuidor de conhecimentos para basear seus atos na legalidade, terá capacidade e estrutura para contribuir positivamente para a construção de um país mais igualitário e justo. Nesse sentido, expressa o jurista Martinez:

Noções de cidadania plena podem ser introduzidas na grade (ao menos) do ensino médio, sem que nenhuma perda de qualidade advenha deste fato. Ao contrário, o aluno teria contato com uma ciência (Direito) que, na pior das hipóteses, o ensinaria a ser um cidadão muito mais bem preparado para a vida. (MARTINEZ, 2013)

Assim, seria extremamente relevante e coerente incluir noções básicas de direito na grade curricular de ensino, pois percebe-se que a instrução jurídica, mesmo que em um nível básico, seria imprescindível para o exercício da cidadania, de forma a nortear as mais diversas condutas de ordem prática, já que o direito faz parte da vida de todo cidadão, levando em consideração as relações individuais e o papel do cidadão na sociedade.

5.1 Formação e construção de cidadãos: Direitos sociais, civis, políticos

Cidadão é todo aquele que exerce a cidadania. Exercer a cidadania é um direito de todos. Cidadania é um importante instrumento que assegura os direitos das pessoas. "A cidadania é o conjunto de direitos e deveres exercidos por um indivíduo que vive em sociedade, no que se refere ao seu poder e grau de intervenção no usufruto de seus espaços e na sua posição em poder nele intervir e transformá-lo." (PENA, 2019)

Assim, pode-se conceituar a cidadania como o direito reconhecido legalmente a todos os homens, e os deveres que têm todas as pessoas para com o Estado e a sociedade, exprimidos na forma de leis, criadas com o intuito de regular a convivência em sociedade. Como bem preceituam Bento, Ferraz e Machado:

O conceito de cidadania [direitos dos homens] envolve o reconhecimento legal e formal, pelo ordenamento jurídico, dos direitos sociais, civis e políticos das pessoas. No seu conceito, encontram-se diversos deveres da sociedade para com o cidadão, entre eles o de assegurar-lhe o direito à educação". (BENTO, FERRAZ, MACHADO, 2013)

Neste sentido, percebe-se a importância da educação jurídica, tendo em vista que para o exercício da cidadania é de suma importância que se tenha noções de Direitos Humanos, noções de Direitos Fundamentais e noções de Cidadania, pois sem este conhecimento, não haverá capacidade de agir como cidadãos de direitos e deveres perante o Estado e a sociedade.

Portanto, ressalta-se a necessidade de conhecimento dos cidadãos de seus direitos sociais, civis e políticos, que possuem demasiada importância na vivência e convivência das pessoas na sociedade, para que tenham a capacidade de reconhecer os deveres que tem a sociedade para com o cidadão, bem como aceder suas obrigações perante a coletividade.

5.1.1 Direitos e deveres sociais difusos

Trata-se aqui dos direitos que podem ser preceituados como inerentes a toda a coletividade, não sendo possível a sua divisão, por se tratarem de direitos e deveres relacionados a convivência em sociedade e comunidade, no sentido de serem comuns a todos, simultaneamente, relacionados aos mesmos objetos, que tem a natureza de ser indivisíveis, e tendo todos o dever de cuidado. Podem se tratar de objetos intangíveis, ou tangíveis, mas geralmente se trata do que é público, que é propriedade e responsabilidade de todos ao mesmo tempo, tendo cada um que cumprir com sua parte para conservação, bem como tendo autoridade para reivindicar, fiscalizar e denunciar seu mau uso.

Podemos observar que, apesar de serem regras sociais extremamente simples, não possuem todos o conhecimento das mesmas, sendo necessária a expressa instrução a respeito delas, de forma clara e objetiva, nas salas de aula, para que os indivíduos, crianças e adolescentes em formação de caráter e personalidade, adquiram desde cedo, a consciência de todos os direitos e deveres sociais que todos possuem. Aponta Brandão que:

A inclusão da disciplina no currículo escolar, além de proporcionar ao cidadão o conhecimento dos seus direitos e garantias contidos na Constituição Federal, visa também estimular este sobre os seus deveres com a coisa pública, como: respeitar os sinais de trânsito, não jogar papel nas vias públicas, etc. Detrás desses comportamentos, por mais insignificantes que eles sejam, está o respeito à coisa pública. O conhecimento e a compreensão destes instrumentos, tão importantes quanto à alfabetização básica, tornam possível ao cidadão ser consciente, perspicaz, hábil e participativo na cogestão da vida pública, na defesa e na expansão dos seus direitos e no cumprimento de seus deveres. (BRANDÃO, 1979)

Nota-se a importância de o cidadão ser capaz de identificar e realizar comportamentos importantes para o cuidado com a coisa pública, que o tornam além de colaborador para o bem estar de todos, uma pessoa com mais consciência e capaz de defender seus direitos e buscar o cumprimento das obrigações por todos, assegurando assim, excelência no comportamento da sociedade no que diz respeito ao que é público, que é de todos, e através destes ensinamentos será cuidado com maior presteza, pois ninguém se escusará de seu cumprimento.

Pode-se observar que através deste conhecimento, a prática das ações correlatas não só os identificará como cidadãos, mas os deixarão cientes de todos seus direitos e deveres para com os outros, e assim, haverá o alcance de uma boa convivência entre todos os semelhantes inseridos no corpo social.

A partir deste ensino, alcançaremos condições de formar cidadãos conscientes que saberão de que se tratam as leis, quais os seus direitos sociais difusos, bem como suas obrigações para preservá-los, e com os semelhantes.

5.1.2 Direitos civis: conhecimento que gera igualdade no acesso à justiça

Os direitos civis são aqueles protegidos pela Constituição da república, que envolvem os fundamentais e sociais, e foram adquiridos através de lutas e conquistas

de um povo que insurgiu contra a desigualdade. São os principais aqueles previstos no art. 5º da Constituição da República, que pronuncia que: "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". (BRASIL, 1988)

São chamadas de fundamentais, pois tratam-se de direitos indispensáveis para a sobrevivência e vivência dos seres humanos em condições dignas. Contudo, nem todos têm ciência de cada um deles, e das formas de defesa contra eventuais abusos ou das sanções que se aplicam quando ocorre o desrespeito a esses direitos. Neste sentido destaca Cavalieri Filho que:

O acesso a uma ordem jurídica justa está intrinsecamente atrelado à questão da cidadania, sobretudo, porque o direito de acesso à justiça é um direito garantidor de 12 outros direitos e uma maneira de assegurar efetividade aos direitos de cidadania. Ele é um direito elementar do cidadão, pelo qual ocorre a materialização da cidadania e a efetivação da dignidade da pessoa humana. É só mediante o exercício dos direitos humanos e sociais que se torna possível a organização de um Estado Democrático de Direito. (CAVALIERI FILHO, 2004)

Se, na escola, os alunos adquirirem o conhecimento de seus direitos civis, serão capazes de buscar a defesa destes, sendo certo que a luta pela vida, por igualdade, liberdade, segurança e propriedade, entre outros direitos, será significativa para o cumprimento com o que almejou o legislador ao compor o conteúdo da lei magna, no intuito de conferir a todos, sem distinção, estes direitos.

A igualdade, principal objetivo da aplicação dos princípios e normas contidos na Constituição, é a base para todo direito que deve ser aplicado e assegurado a cada um da mesma forma. Contudo, observa-se que a promoção da igualdade, muitas vezes não condiz com a realidade factual, sendo de fácil visibilidade, que em várias ocasiões e circunstâncias a igualdade não existe, pois, a falta de conhecimento dificulta o acesso à justiça. Cappelletti e Garth definem o acesso à justiça nos seguintes termos:

O acesso à justiça serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob

os auspícios do Estado, mas primeiro, deve ser igualmente acessível a todos. (CAPPELLETTI, GARTH, 1988).

Além da contribuição que será produzida pelo conhecimento, para que haja uma luta mais forte por igualdade principalmente daqueles que se encontram em desvantagem ao reconhecerem seus direitos, será de grande colaboração principalmente para promover a igualdade no acesso à justiça, pois um dos maiores obstáculos observados para que seja alcançada, é a falta de conhecimento jurídico limita o acesso à justiça, afinal, se a população não tiver ciência de seus direitos, não buscará o judiciário como forma de defesa e auxílio para efetivo exercício de algum direito, bem como para dirimir conflitos que podem existir entre os direitos de um indivíduo, que se sobrepõe aos direitos do outro, sendo esta segunda parte da relação prejudicada, por não ter a ciência de que a justiça pode ser alcançada com a interferência e apoio dos juristas e do judiciário para resolução dos conflitos, visto que certamente devem haver normas que regulam aquela situação, ou entendimentos jurisprudenciais, bem como a aplicação da equidade por meio de decisão dos magistrados preparados para tanto, estando a disposição de todos o direito de solicitar a proteção da justiça, conforme pode-se observar no art. 5º da Constituição Federal:

Art. 5º: XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. (BRASIL, 1988)

Deste modo, resta claro que é assegurado a todos o direito de acesso à justiça, sem que possa ser suprimido este direito de qualquer cidadão. No entanto, apesar de todos poderem reivindicar seus direitos, aqueles que não tem conhecimento deles, são prejudicados, por não ter ciência que, de acordo com o Direito, pode estar sendo lesado.

Assim, percebe-se que o Direito ainda é desconhecido por muitos brasileiros, por falta de oportunidade e principalmente por falta de investimento na educação de qualidade, e essa falta de conhecimento prejudica o exercício dos direitos fundamentais e direito de acesso à justiça. Essa falta de conhecimento acaba contribuindo para aumentar e manter a desigualdade, pois, os indivíduos que não possuem o mínimo conhecimento sobre determinados assuntos, acabam aceitando e se sujeitando a

situações que findam com resultados prejudiciais para os mesmos. Esta é uma realidade que precisa ser mudada.

A proposta em destaque não tem a finalidade de formar um bacharel em direito, mas sim, um cidadão consciente, que reconheça seus direitos e deveres básicos perante a sociedade e o Estado. Neste sentido, destaca Brandão que:

[...] não se busca com o ensino dos direitos e garantias constitucionais tornar o cidadão um bacharel em Direito, mas sim, deixá-lo consciente de que, nas situações em que seus direitos forem violados, ele possa ter a necessária informação para agir em defesa dos mesmos. (BRANDÃO, 1979)

Portanto, o objetivo ao proporcionar o acesso à educação jurídica básica, é o caminho para garantia do acesso à justiça, sendo necessário ao cidadão comum, para gerar inclusive equilíbrio social, pois os que possuem mais conhecimento, farão valer seus direitos, enquanto os que não tem acesso a essas informações jurídicas, ao conteúdo de seus próprios direitos, não procurarão um advogado para obter orientação, e conseqüentemente a defesa destes direitos, de forma extrajudicial ou judicial.

Assim, observa-se que o cidadão comum não tem ciência de muitos direitos, e por este motivo não sabe que o advogado pode cuidar de seus interesses e defendê-lo, em situações desde de violações de direitos humanos, fundamentais, difusos, como em relações de consumo, lides cíveis, direitos de propriedade, trabalhistas, entre outros, pois sem o conhecimento básico das leis pelos sujeitos de direito, não se busca ajuda dos advogados para a garantir o cumprimento da justiça.

A título de exemplo, frequentemente presenciamos e escutamos sobre situações onde ocorrem o claro detrimento dos direitos de um consumidor em face do fornecedor, mesmo sendo o consumidor a parte hipossuficiente desta relação, que não sabendo disto e dos direitos que a ele são garantidos pelo CDC, não os reivindica, tendo seus direitos suprimidos, lesados. Também é comum, a crença de o advogado apenas atua para a defesa do réu, em situações de direito penal, sem saber que muito além disto vai à função de um advogado.

Observa-se ainda que, o Estado não permite alegar desconhecimento da lei ou do próprio direito, haja vista que quando uma norma é legalmente positivada no ordenamento jurídico, é do conhecimento de todos, pois foi publicada no diário oficial, fazendo com que seu teor seja de conhecimento de toda a população. Assim, a falta de entendimento das normas não pode ser alegada, mesmo sendo seu conteúdo formulado de forma que, em sua maioria, apenas aqueles que trabalham

com elas podem entender e interpretar, não havendo qualquer tipo de aclaração aos demais, uma maioria que apenas entenderia através de uma aprendizagem de seu conteúdo em linguagem popular ou didática. Assim, não se pode alegar o desconhecimento da lei, mas quão injusta seria esta norma, se não é oferecido o conhecimento da lei de forma satisfatória para aqueles que, possuindo uma instrução precária, não estão habilitados a interpretação da lei apenas subscrita no ordenamento, mas não disseminada em linguagem popular, afinal se os estudantes de direito precisam aprender em universidades a interpretar as leis, não se pode esperar que o cidadão comum seja capaz de compreende-las apenas com sua simples leitura, nos casos em que ela ocorre, pois isto também precisa ser estimulado através da educação.

Nota-se, portanto, que não há o cumprimento dos deveres da sociedade para com o cidadão no sentido de o tornar capaz de conhecer seus direitos e deveres, podendo-se insurgir que o estudo e análise da inserção do Direito como disciplina obrigatória no ensino regular mostra-se relevante para o mundo jurídico, tendo em vista a importância do conhecimento de todos aqueles que estão tutelados e limitados pelas normas e princípios contidos nele, não podendo de fato alegar desconhecimento, se escusando de cumprir a lei, e obtendo a capacidade para se fazer um sujeito de direitos e obrigações, tendo o discernimento necessário para entender e utilizar disto com o intuito de garantir o cumprimento e defesa de seus direitos através dos operadores do direito, com o acesso pleno a justiça, conforme previsto no texto Constitucional.

5.1.3 Direitos Políticos

Os direitos políticos são conferidos aos cidadãos para que ocorra o exercício da democracia, importante ferramenta que permite a soberania popular, como percebe-se ao observar o artigo 14º da Constituição da República: "A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei." (BRASIL, 2006)

Contudo, cumpre ressaltar que o exercício da soberania popular e dos direitos políticos não dizem respeito apenas ao voto. Vai muito além disto, e é totalmente dependente do acesso correto às informações jurídicas, sendo de grande importância que os cidadãos tenham ciência e consciência das leis, para serem adequadamente representados pelos governantes, que decidem por todos os cidadãos diretamente atingidos pelas consequências de cada ato político ou de gestão. Consoante o entendimento de Torres Santomé:

As instituições escolares são um dos espaços mais privilegiados para o aprendizado do verdadeiro significado do que é a democracia; uma valiosa ponte que ajuda a compreender de modo mais reflexivo e ao mesmo tempo prático o verdadeiro significado e as funções do que envolve o exercício da cidadania democrática em um país democrático. (TORRES SANTOMÉ, 2013)

O poder de agir pelo povo em nosso país é frequentemente utilizado para benefício próprio ou de determinada classe. Para tanto, aproveita-se da falta de instrução, de conhecimento do brasileiro, que não tem o discernimento completo do que é legal e do que não é, para se utilizar de práticas de atos ilegais ou imorais, utilizando-se da ignorância jurídica dos cidadãos para uma atuação contrária ao ordenamento jurídico, em discordância com a Constituição da República, beneficiando a si mesmos e/ou uma determinada classe. Por este motivo é importante o conhecimento, que será adquirido através da administração de noções deste conhecimento jurídico na forma de educação, possibilitando que os cidadãos possam efetivamente participar, com consciência crítica, política e legal para escolha e fiscalização dos governantes. Como bem expressa Paulo Freire, no livro Educação Como Prática da Liberdade: "A palavra podia deixar de ser o veículo das ideologias alienantes para tornar-se o instrumento de uma transformação do homem e da sociedade. (FREIRE, 2013)

Só o conhecimento poderá libertar muitos das correntes da alienação, pois serão escassas as pessoas que, por falta de conhecimento, acreditam e concordam com toda informação que lhes é apresentada de forma impositiva, dissimulada, ou unilateral, impossibilitando-os de formarem suas próprias opiniões, permitindo que tenham como referência a legislação para basear sua opinião, e ter mais liberdade de participação, de palavra com relação a todos os assuntos sociais, civis e políticos, dos quais são os destinatários, que perceberão as consequências em suas vidas.

Para alcançar o melhor resultado no envolvimento dos cidadãos na democracia é necessário lhes apresentar os direitos e a força que possuem, cientificando todos eles que, seja de qualquer classe social, com qualquer grau de instrução, têm a prerrogativa de participação e fiscalização, até certo ponto, dos atos que são executados em nome de todos, do povo, afinal, conforme preceitua o parágrafo único do art. 1º da Constituição da República, "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição." (BRASIL, 2006)

Contudo, mesmo que haja vontade de participação, a falta de conhecimento impede a grande maioria de efetivamente se manifestar, e simplesmente aceitam as sugestões impostas, por não saber interpretar do que realmente se trata, e não poder basear suas opiniões em algo sólido, que é a legislação, por não possuírem conhecimento básico dela.

Portanto, a privação de participar nas ações do Estado, como pode-se observar, advém da desigualdade intelectual entre as pessoas, que frente a falta de conhecimento jurídico, acredita no que lhe é imposto como verdade, sem se preocupar em investigar e buscar a compreensão verdadeira de cada fato e sua relação com o ordenamento jurídico, pois não lhes foi oferecido este conhecimento, para que possam entender até que ponto há a legalidade em certos atos, e assim se envolver, defendendo seus interesses individuais, coletivos e difusos contra abusos e ilegalidades eventualmente praticados pelos governantes.

A falta de conhecimento jurídico dificulta diretamente na capacidade crítica necessária, e extremamente relevante para o exercício da cidadania e democracia. Para que esta realidade seja mudada, é de extrema relevância a introdução na educação de uma disciplina que promova ao brasileiro o conhecimento necessário para exercer efetivamente os direitos políticos.

6. Como incluir a disciplina de aprendizado básico do direito na educação brasileira

A disciplina de noções jurídicas, poderia ser incluída na educação básica, se tornando parte do plano de ensino destinado aos alunos brasileiros, de modo que contribua para que ocorra a real aprendizagem de seu conteúdo, e a aplicabilidade do conhecimento proveniente deste estudo, gerando assim um avanço na educação, com o objetivo de buscar para o nosso país, um futuro melhor.

Para que isto aconteça, é necessário entender que existe uma conexão entre o Estado e a sociedade, na responsabilidade de formar os cidadãos para o efetivo exercício dos direitos sociais, civis e políticos.

Assim, para ocorrer a inclusão desta disciplina, é necessário que haja uma instrução normativa incluindo a disciplina na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN), ou uma alteração desta lei, de forma que a disciplina seja incluída na grade comum, fazendo-se necessário uma alteração na redação dos artigos 32 e 36 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, incluindo o ensino básico do Direito como nova disciplina obrigatória.

O responsável para propor essa inclusão é o Poder Legislativo, que tem a prerrogativa de poder contribuir com a elaboração e aprovação de leis que contribuam para a disseminação destas importantes informações jurídicas no âmbito escolar.

6.1 Leis e projetos de leis que já tratam do tema

Importante ressaltar que o legislativo já percebeu e se preocupou com o tratamento do tema. Assim, podemos passar a observar Projetos de leis que almejam a inclusão de noções de Direito na educação brasileira.

No ano de 1969, a disciplina “Moral e Cívica” fazia o papel de levar para a sala de aula este tema, tendo sido obrigatória em todas as escolas públicas e particulares do Brasil. O objetivo principal era a defesa do princípio democrático, essencialmente, e preparar o cidadão para o exercício das atividades cívicas, com fundamento na moral, no patriotismo e a ação construtiva, visando o bem comum, defendia o culto da obediência à lei. Contudo, a disciplina foi extinguida em 1973, pois da forma como era aplicada, foi considerada de caráter autoritário e intimidador e não era estimada como parte de um regime democrático.

Atualmente a volta da educação moral e cívica nos ensinamentos básicos foi discutida no Ministério da Educação, defendida pelo Ministro da Educação anterior, Ricardo Velez Rodrigues.

No Município de Poços de Caldas em Minas Gêrias, a Secretaria da Educação criou um projeto que visa a inclusão da disciplina de “Educação Moral” no currículo, que será inserido em conjunto com o Projeto político-pedagógico (PPP). A ideia é propagar o conhecimento de princípios norteadores como justiça, respeito mútuo e cooperação. Segundo a secretária municipal citada, e integrante do GEPEM - Grupo de Estudos e Pesquisas em Educação Moral, Flávia Vivaldi, o projeto já se encontra na Câmara Municipal da cidade para que seja transformado em projeto de lei.

Também pode-se mencionar a atuação neste sentido, defendendo a inclusão do Direito na educação brasileira, do deputado Alex Manente, que é autor do Projeto de Lei nº 374 de 2007, que considera a obrigatoriedade de uma matéria de Introdução ao Estudo do Direito no ensino médio da rede pública estadual, tendo sido o projeto aprovado em setembro de 2007 pela Assembleia Legislativa do Estado. O autor do Projeto de Lei, acredita que o resultado será o que o jovem adquirirá sucesso pessoal no âmbito social.

No estado de Rondônia, por iniciativa da OAB Rondônia, foi aprovado pela Assembleia Legislativa e sancionado pelo governador do estado o Projeto de Lei nº

2.788, de 26 de junho de 2012, que estabelece a realização de palestras sobre noções básicas de direito do cidadão brasileiro nas escolas da rede pública de ensino. Essa lei pode ser vista como um grande avanço para nosso país, causando um impacto positivo na formação dos alunos, fazendo com que eles levem todo esse conhecimento para a vida adulta, servindo como incentivo para que outros estados possam aderir a essa ideia. O presidente da OAB Rondônia, Hélio Vieira, acredita que as palestras ministradas nas escolas contribuem para que os jovens sejam pessoas mais esclarecidas e conscientes de seus direitos e deveres, criando um estado democrático de direito.

O Projeto de Lei do Senado nº 70 de 2015, de autoria do Senador Romário de Souza Faria, é mais um exemplo do posicionamento do legislativo diante do tema, que visa a introdução no âmbito escolar, do ensino do Direito Constitucional, observando a difusão dos valores fundamentais ao interesse social, e os direitos e os deveres dos cidadãos.

Portanto, é possível encontrar diversos projetos de lei que almejam a inclusão de matérias que forneçam noções de Direito na educação brasileira, para que os jovens adquiram maior conhecimento jurídico.

Defende-se a inclusão da disciplina de noções de direito em toda a educação básica, que deve ser feita de forma estruturada a contribuir de acordo com as necessidades e capacidade de absorção dos conteúdos em cada idade. Nota-se que o tema é vasto e extenso, assim, a introdução da disciplina de Direito no currículo escolar da educação básica, seria uma matéria a ser trabalhada com os alunos em todos os anos escolares, devendo ser aplicada de maneira didática, com professores qualificados e preparados para tanto.

7. Onde já é realidade a aplicação do ensino de direito nas escolas e quais os resultados

Tem sido constante a defesa da inclusão de noções de Direito nas escolas de escolaridade básica. O advogado Júlio César Hidalgo, autor de "A Constituição em Quadrinhos", um dos primeiros livros infanto-juvenil relacionado ao Direito, diz que:

Este 'analfabetismo jurídico' não é apenas um dos males do nosso sistema educacional, mas sim um dos grandes males do nosso país", já que "sem conhecimento dos seus direitos, a pessoa não os exige nem os exerce e perde a sua cidadania, pois exercer a cidadania sem conhecer a Constituição é impossível, já que é nela que temos nossos direitos e garantias fundamentais assegurados e isso inclui a

compreensão do funcionamento do Estado e dos seus Poderes.. (HIDALGO, 2018).

Tão relevante é a inclusão do direito na educação brasileira, para que a cidadania seja exercida de fato, e para combater o analfabetismo jurídico, que já existem projetos já em funcionamento com relação ao tema proposto, sendo possível analisar os benefícios e dificuldades, tendo em vista a melhor aplicabilidade na prática da inclusão da disciplina de direito na educação básica.

7.1 Projeto Conhecer Direito

O Projeto Conhecer Direito se trata de uma iniciativa da DPDF - Defensoria Pública do Distrito Federal, e aplicado com a ajuda da EASJUR - Escola de Assistência Jurídica, e de outras instituições parceiras, visando a transmissão do conhecimento jurídico básico para os alunos do ensino médio da rede pública do Distrito Federal, e consiste em um curso oferecido de forma gratuita, com o objetivo de oferecer conhecimentos básicos de Direito para os alunos da rede pública de ensino, oportunizando o conhecimento principalmente sobre cidadania e noções de justiça, focando na defesa da dignidade da pessoa humana, e a cidadania plena.

No ano de 2010, foi criado o projeto pelo Defensor Público Evenin Eustáquio de Ávila, e foi aprovado através de um decreto. As aulas são ministradas por defensores, advogados, procuradores, psicólogos e professores, que atuam de forma voluntária, todos contribuindo para um fim comum, demonstrando a importância que os profissionais da área do direito dão ao tema da inclusão das noções jurídicas de direito na educação brasileira. A primeira edição do Projeto, teve uma turma de 72 estudantes que não abandonaram o curso, permanecendo até o final, demonstrando o interesse dos alunos em aprender este tema tão importante para a vida dos próprios.

Um dos objetivos da defensoria pública na idealização do projeto, é proporcionar aos alunos educação de qualidade e conhecimento para proporcionar a igualdade, focando em ensinar a pensar e raciocinar, bem como a questionar, oferecendo conhecimento no âmbito jurídico para na formação de cidadãos conscientes que se esforçam para fazer do mundo um lugar melhor, mais justo e igualitário.

É indispensável o acesso ao conhecimento jurídico e temas de cidadania na adolescência, pois é a partir daí que o jovem adquire senso crítico e passa a participar ativamente da vida pública. Este projeto prepara verdadeiros cidadãos, que buscam incessantemente o saber e tem o objetivo de mudar o meio em que vive, pois visa

formar cidadãos a partir da instrução básica jurídica contribuindo para a formação de cidadãos conscientes do seu papel na sociedade.

7.2 Projeto OAB vai à escola

A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, tem o objetivo de preservar a ordem jurídica do Estado, a aplicação dos direitos humanos e das leis, tendo como atribuição principal zelar pela Constituição Federal, pelo Estado Democrático de Direito e pela justiça social. Assim, o papel institucional da OAB é de grande importância para o país. Nesse sentido, pode-se observar que a OAB tem elaborado diversos trabalhos de apoio à sociedade, como por exemplo, o Projeto OAB vai à escola, que já é atuante em vários estados brasileiros, formado por advogados voluntários e comprometidos com as finalidades propostas.

O projeto consiste em uma iniciativa da OAB em parceria com as Secretarias Estaduais de Educação, em que atendem a rede pública e privada, visando a promoção da cidadania por meio de palestras e debates associados a noções de Direito em geral. É uma forma de conscientizar, instruir, e disponibilizar aos alunos a oportunidade de reflexões acerca de seus direitos e deveres como cidadãos, bem como contribuir e incentivar o exercício da cidadania e sanar dúvidas jurídicas.

Em vários estados do Brasil o projeto vem sendo aplicado de forma muito positiva. Em Minas Gerais, por exemplo, na cidade de Contagem, na Escola Municipal Jéssu Milton, no bairro Industrial, o projeto OAB nas escolas proporcionou para aproximadamente 40 pessoas a oportunidade de participarem de palestras com o tema relacionado ao Direito de Família, tendo como principal conteúdo alienação parental, levando conhecimento as próprias vítimas, evitando efeitos psicológicos e emocionais negativos às crianças e adolescentes.

Estes projetos contribuem com a firme perseverança de que será possível moldar um futuro melhor para nosso país, através da educação àqueles que são o futuro, os estudantes. Contudo, a proposta deste trabalho é a inclusão de uma disciplina de noções de Direito na grade curricular comum do Brasil, abarcando escolas públicas e privadas, e assim atingindo toda a população.

8.As diretrizes e metas do Brasil para a educação e a necessidade de adequação

As diretrizes educacionais se tratam de uma orientação, indicação do rumo a seguir na educação, apontando também metas a serem alcançadas para evolução da educação e maior alcance da população. No Brasil, A Lei 10.172 é responsável por aprovar o PNE – Plano Nacional de Educação, que traça as Diretrizes e metas a serem

seguidas e alcançadas no que concerne à educação no país, para o período de 10 anos.

O último PNE traça diretrizes e metas para o período de 2011 a 2020, estando entre elas, a superação das desigualdades educacionais, a melhoria da qualidade do ensino e a difusão dos princípios da equidade, do respeito à diversidade e a gestão democrática da educação.

A superação das desigualdades educacionais e a melhoria da qualidade de ensino são necessidades relevantes para que a realidade do brasileiro comum possa ser de fato mudada, oferecendo a todos a igualdade que está prevista na nossa Constituição, no plano real, podendo ser alcançada a equidade e qualidade na educação em um país marcado pela desigualdade.

No que concerne a difusão dos princípios da equidade, respeito a diversidade e gestão democrática da educação, é possível definir que a forma para atingir melhores resultados está diretamente ligada a necessidade da instituição de uma nova disciplina, que trate diretamente destas questões, que envolva o conhecimento básico jurídico, para que o brasileiro aprenda desde cedo a aplicar o respeito às diferenças, a equidade e a democracia, baseando-se na Lei. Assim, pode-se observar que para atingir algumas destas metas, a inclusão de uma disciplina jurídica básica é imprescindível.

No Plano Nacional de Educação Previsto para os próximos 10 anos, observa-se que algumas das metas são as mesmas que não foram atingidas neste que termina em 2020, bem como estão mais direcionadas a expansão da educação em termos de quantidade, almejando aumentar o nível de escolaridade de maior número de pessoas, e aumento do horário de aulas, deixando a desejar no sentido de evolução, para atingir outros importantes tipos de conhecimento necessários à população que já se encontra necessitada de progresso neste sentido, carecendo de apoio para desenvolver-se, com o oferecimento de uma educação de mais qualidade e mais completa, que abarque assuntos relevantes para a vida em sociedade e evolução da cidadania.

Portanto, para estar em conformidade com o disposto na Constituição da República e na LDBEN, conforme demonstrado no presente trabalho, as Diretrizes e metas previstas para a educação precisam incluir este tema, uma disciplina jurídica básica, de especial relevância e necessidade, para propiciar o crescimento em qualidade, beneficiando os alunos, cidadão e conseqüentemente o país.

9. Considerações finais

O presente trabalho buscou esclarecer a necessidade de se agregar conhecimento jurídico no preparo do cidadão através da educação, defendendo que as informações jurídicas sejam repassadas desde cedo, nas escolas públicas e privadas no ensino básico, num nível basal, como alternativa para cumprir com os objetivos para a educação, que podem ser observados na interpretação das leis que versam sobre o tema, a Constituição e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, sendo fundamental cumprir com os desígnios da legislação, pois trata-se de um direito essencial, devido ao fato de promover um processo de desenvolvimento individual em nível social, além da perspectiva individual, sendo necessário que este direito seja visto, sobretudo, como um direito de todos os estudantes, sem exceção, devendo o Estado oferecer à sociedade instrumentos para serem alcançados os fins e desta forma alavancar a mudança social de que necessita o país.

Esta introdução da educação jurídica básica na educação pode ser considerada como um primeiro passo para que haja uma mudança significativa na sociedade brasileira em vários campos. O ensino ministrado atualmente apresenta certa ineficácia, no que tange a preparar os jovens para o convívio em sociedade e exercício da cidadania, sendo o principal problema, a limitação do conhecimento, quando a sociedade já se encontra preparada para alcançar um novo nível de desenvolvimento. Se faz necessário a valorização da educação como verdadeiro instrumento de transformação social. Para tanto, é imprescindível a introdução das noções jurídicas como disciplina obrigatória na educação básica, restando claro que este conhecimento é imprescindível para ampliar o conhecimento de direitos e incentivando a luta pela justiça, beneficiando o exercício da cidadania plena e o efetivo acesso à justiça, assim como norteando as mais diversas condutas de ordem prática, já que o direito faz parte da vida de todo o cidadão.

Incluir o estudo do Direito básico de forma obrigatória, em um país marcado por desigualdades como o Brasil, onde a falta do conhecimento mínimo de direitos reflete a notória desarmonia social, significa combater a desigualdade em sua raiz, gerando uma mudança significativa, pois, o conhecimento jurídico oportuniza a participação positiva de todos para o bom desenvolvimento do país.

Desta forma, entende-se que o ensino de Direito é um investimento necessário para que o cidadão alcance com dignidade seus objetivos, exerça seus direitos e cumpra com seus deveres, participando efetivamente nas situações em que ele é o maior interessado, enquanto verdadeiro cidadão, nos âmbitos sociais, civis e políticos.

10. Referências

ARANTES, V. A. **Afetividade na escola: alternativas teóricas e práticas**, 2 ed. São Paulo: Summus Editorial, 2003.

BENTO, Flávio; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha; MACHADO, Edinilson Donisete. **Educação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRANDÃO, Zaia. **Democratização do ensino: meta ou mito?** Rio de Janeiro: Franciso Alves, 1979.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1º ed. Brasília: Senado Federal: 1988.

BRASIL, **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional: nº 394/96**. Brasília, Senado Federal: 1996.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Safe, 1988.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de sociologia jurídica**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HABERMANS, Jurgen, **Direito e Democracia Entre Facticidade e Validade**. 1. ed., São Paulo: Tempo brasileiro, 1992.

HIDALGO, Julio César. **Advogados e juristas defendem o ensino de direito nas escolas**. Sindicato dos especialistas de educação do Ensino Público Municipal de São Paulo. 23 jan. 2018. Disponível em <https://www.sinesp.org.br/noticias/educacao-na-midia/5162-advogados-e-juristas-defendem-o-ensino-de-direito-nas-escolas.html>. Acesso em: 21 jan. 2020.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. 4. ed. São Paulo: Editora WMF Martins fontes, 2016.

MANDELA, Nelson. **Iluminando o seu caminho para um futuro melhor**. Planetário: Universidade de Witwatersrand, Joanesburgo, África do Sul, 2013.

MARTINEZ, André Almeida Rodrigues. **O ensino da cidadania nas escolas brasileiras**. Jus Navigandi, [s. /], ano 18, n. 3616, 26 de maio 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24507>. Acesso em: 18 mar. 2019.

MENEZES, Edmilson. **Kant e a ideia de educação das luzes**. Educação e Filosofia, v14, nº 27/28. Uberlândia, 2000.

MORAES, Eliane de Fátima Robaino Marques de. **Importância da introdução de disciplinas jurídicas no ensino médio.** Revista Magistro, ISSN 2178-7956, Rio de Janeiro, vol. 08, n. 02. 2013. [s. /], 21 ago. 2013. Disponível em: <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/magistro/article/viewFile/2119/997>. Acesso em: 21 out. 2019.

FREIRE, Paulo, **Educação como prática da Liberdade.** 17^a. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013.

STEFANO, Isa Gabriela de Almeida; CANEGUSUCO, Miriam; KUMPEL, Vitor. **Direito constitucional.** 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

TORRES SANTOMÉ, Jurjo. **Currículo escolar e justiça social: o cavalo de Troia da educação.** – 1.ed. – Porto Alegre: Penso, 2013.

PANDEMIA, FLEXIBILIZAÇÃO NA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E CALENDÁRIO ELEITORAL 2020

BENIGNO NÚÑEZ NOVO:

Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

Resumo: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma análise sobre a pandemia, flexibilização na Lei de Responsabilidade Fiscal e calendário eleitoral 2020.

Palavras-chave: Pandemia. Flexibilização. Lei de Responsabilidade Fiscal. Calendário eleitoral 2020.

Abstract: This article aims to provide a succinct analysis of the pandemic, flexibility in the Fiscal Responsibility Law and electoral calendar 2020.

Keywords: Pandemic. Flexibilization. Fiscal Responsibility Law. Electoral calendar 2020.

Resumen: Este artículo tiene como objetivo proporcionar un análisis sucinto de la pandemia, la flexibilidad en la Ley de Responsabilidad Fiscal y el calendario electoral 2020.

Palabras clave: Pandemia. Flexibilización Ley de Responsabilidad Fiscal. Calendario electoral 2020.

Sumário: Introdução. 2. Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

Introdução

Os coronavírus são uma família de vírus que podem causar infecções nas pessoas. Normalmente estas infecções afetam o sistema respiratório, podendo ser semelhantes à gripe ou evoluir para uma doença mais grave, como pneumonia.

Em anos anteriores foram identificados alguns coronavírus que provocaram surtos e infecções respiratórias graves em humanos. Exemplos disto foram: entre 2002 e 2003 a síndrome respiratória aguda grave (infecção provocada pelo coronavírus SARS-CoV); e em 2012 a síndrome respiratória do Médio Oriente (infecção provocada pelo coronavírus MERS-CoV).

O novo coronavírus, designado COVID-19, foi identificado pela primeira vez em 31/12/2019 na China, na cidade de Wuhan. Este novo agente nunca tinha sido

identificado anteriormente em seres humanos. A fonte da infecção é ainda desconhecida.

A decisão do governo federal está ligada ao uso de recursos para combater a crise instalada com a disseminação do vírus no Brasil (COVID-19). Isso porque o estado de calamidade pública permite que o governo não atinja sua meta de resultado fiscal.

A pergunta que não quer calar: teremos eleições? O que se sabe é que o adiamento das eleições municipais caberá ao Congresso Nacional e qualquer prorrogação de mandato, seja ao menos em um dia, ferirá de morte a Constituição.

2 Desenvolvimento

Calamidade ou catástrofe significa desgraça pública, flagelo. Podemos definir como estado de calamidade pública uma situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido.

O termo calamidade pública costuma ser associado também à expressão estado de emergência. Ambas estão relacionadas, mas não significam exatamente a mesma coisa em termos legais.

A decisão do governo federal está ligada ao uso de recursos para combater a crise instalada com a disseminação do vírus no Brasil (COVID-19). Isso porque o estado de calamidade pública permite que o governo não atinja sua meta de resultado fiscal.

A Lei de Responsabilidade Fiscal, sancionada em 2000 pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, impõe uma série de exigências sobre como o dinheiro público deve ser empregado. Entre elas está a determinação de que haverá uma meta de resultado primário que deve ser cumprida pelo governo. O resultado primário é a diferença entre o que o governo arrecadou e o que gastou, sem contar o dinheiro que foi usado para pagamento de juros da dívida pública.

Na prática, decretar estado de calamidade pública permitirá ao governo gastar mais do que o previsto com medidas para conter os efeitos da Covid-19, e de forma mais rápida. A Lei de Licitações, por exemplo, prevê dispensa de licitação nesses casos, "quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares". Os efeitos devem valer até 31 de dezembro de 2020.

É a primeira vez que o Brasil entrará em estado de calamidade desde o início dos efeitos da Lei de Responsabilidade Fiscal, em 2000. A União ficará dispensada de obedecer à meta fiscal prevista para este ano – a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) permite a suspensão das regras fiscais e da necessidade de bloqueio de gastos durante ao período. O orçamento de 2020, sancionado pelo presidente Jair Bolsonaro, admite déficit fiscal de até R\$ 124,1 bilhões nas contas públicas. Sem a limitação, o governo poderá gastar o quanto julgar necessário para reduzir os danos do coronavírus, podendo socorrer setores em crise, como companhias aéreas, e flexibilizar o pagamento de impostos.

O estado de calamidade pública é um termo definido por um decreto de 2010, editado pelo então presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Segundo o texto, é caracterizado por "uma situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido". Ele pode ser decretado por prefeituras, Estados e União. Em geral, a calamidade é decretada quando, em razão da magnitude dos danos, o estado requer auxílio direto e imediato para arcar com os custos do atendimento. É o nível mais grave de atenção possível.

Com a decretação de estado de calamidade pública, algumas barreiras e impeditivos legais para a concessão de novos socorros e empréstimos podem ser superadas, e até financiamentos de órgãos federais poderiam ser liberados. Além disso, recursos carimbados para determinadas áreas podem ser remanejados para outros compromissos. O documento também determina a criação de uma comissão mista, formada por seis deputados e seis senadores, para acompanhar a situação fiscal e a execução orçamentária e financeira das medidas relacionadas à emergência de saúde pública.

A Constituição permite que em casos de calamidade pública o governante tome os chamados empréstimos compulsórios, sobre os quais falamos em nossa trilha sobre tributos. Além disso, o governante pode passar a parcelar as dívidas, atrasar a execução de gastos obrigatórios e antecipar o recebimento de receitas. O estado ou município afetado também pode ficar dispensado de realizar licitação em obras e serviços enquanto durar a calamidade. Finalmente, a população atingida pode sacar parte do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

O Governo Federal normalmente ajuda em emergências com itens de ajuda humanitária, envio da Defesa Civil ou até das Forças Armadas, além de recursos financeiros. O sistema constitucional das crises prevê, como formas de defesa do Estado e das instituições, os Estados de Defesa, de Sítio e a Intervenção Federal. A Calamidade Pública não está expressamente prevista no texto constitucional,

derivando de uma interpretação sistemática de dispositivos estaduais, municipais e da Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 65, numa perspectiva de diálogo de fontes.

Infere-se que o fundamento do Estado de Calamidade é eminentemente financeiro, pois impõe maiores gastos para o governo, além do que foi orçado para o ano, relativizando o orçamento público.

Na situação atual, estão sendo usados bilhões de reais a mais para gastos com a saúde pública: investimento em leitos, respiradores, insumos, mais médicos, transportes e UTIs. Concomitantemente a isto, as empresas estão suspendendo suas atividades, o que contribui para uma menor geração de renda e tributos. Em resumo: os gastos vão aumentar, a receita e a tributação diminuirão e um grande déficit será gerado.

A calamidade pública decretada não tem natureza constitucional. Ela é prevista na LRF. Por não ter natureza constitucional, é voltada para a questão fiscal, não de outra natureza. A medida tampouco impede aprovação de Propostas de Emenda Constitucional (PECs) e outro tipo de matéria. A vedação a PECs ocorreria em situações de estado de defesa, de sítio ou intervenção federal.

A medida não estende seus efeitos de liberar o cumprimento de regras fiscais previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal aos Estados e Municípios, que tendem a seguir o mesmo caminho do governo federal. A decretação de calamidade não libera o governo de cumprir o teto de gastos e a “regra de ouro” das contas públicas, que são dispositivos fiscais previstos na constituição.

O objetivo, evidentemente, é municiar o Estado de “armas legais” para que possa combater a crise sistêmica instalada, preservando vidas e protegendo o patrimônio particular e a segurança da população.

Situações extremas requerem medidas extremas. É por isso que, em caso de estado de calamidade pública, o governante tem à sua disposição poderes que em situações normais seriam considerados abusivos, a fim de salvaguardar a população atingida. Além disso, o governante passa a compartilhar responsabilidades com outros entes, principalmente o Governo Federal.

Este quadro não estava previsto no planejamento orçamentário de 2020, pois jamais se imaginou que seríamos atingidos por uma pandemia de tamanho impacto. Por isso, a decretação de calamidade pública, como forma de viabilizar a execução financeira da Lei 13.979/2020, foi acertada e necessária.

No ano de eleições municipais, a pandemia fez surgir questionamentos quanto à realização das eleições cabendo ao Congresso Nacional decidir sobre o tema, a decisão sobre a prorrogação de mandato, seja ao menos em um dia, fere a Constituição Brasileira. Mudança da Lei, necessária para garantir a segurança de todos deverá acontecer por meio de uma Proposta de Emenda Constitucional.

Líderes partidários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal estão costurando um acordo para adiar as eleições municipais de outubro para o dia 6 de dezembro, em decorrência da pandemia de covid-19. A data já havia sido citada pelo presidente Rodrigo Maia (DEM-RJ), que disse também considerar o dia 15 de novembro como outra data possível.

Entre líderes da Câmara, há quase unanimidade pela escolha do dia 6 de dezembro, mas ainda não há um acordo fechado. No Senado também há expressivo apoio ao adiamento das eleições municipais para 6 de dezembro. A alteração está em uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC), apresentada pelo senador Randolfe Rodrigues (Rede-AP). A proposta foi subscrita por outros 26 senadores e prevê que o segundo turno será no dia 20 de dezembro de 2020. Por ora, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) decidiu por manter o calendário eleitoral. Sendo assim, foi redigida a Resolução nº 23.615/2020, pelo TSE, em que trata da realização de sessões por meio de videoconferência para buscar soluções viáveis para o andamento dos processos na Justiça Eleitoral em meio às medidas impostas pela Organização Mundial da Saúde de restrição de circulação de pessoal.

Conclusão

É constitucional o rompimento dos limites estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal em tempos de crise causada por epidemia, deferível a todos os entes da federação. Com esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal referendou a liminar do ministro Alexandre de Moraes, concedida em uma ação direta de inconstitucionalidade, posteriormente foi promulgada pelo Congresso a Emenda Constitucional 106, chamada de "orçamento de guerra", que traz a mesma disposição.

Adiamento das eleições municipais para 2022 caberá ao Congresso Nacional e qualquer prorrogação de mandato, seja ao menos em um dia, fere a Constituição Brasileira. Mudança da Lei, necessária para garantir a segurança de todos deverá acontecer por meio de uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC). Para que uma PEC entre em vigor é necessário votação em dois turnos no Senado e na Câmara com apoio de, no mínimo, três quintos dos congressistas em cada casa legislativa.

Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

COSTA. Adriano Soares. **Instituições de Direito Eleitoral**. 7 ed., rev. Ampl e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MS, **Ministério da Saúde**. Coronavírus e novo coronavírus: o que é, causas, sintomas, tratamento e prevenção. <https://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/coronavirus>. Acesso em: 29 de abr. de 2020.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 1975.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm

<https://news.un.org/pt/tags/organização-mundial-da-saúde>

<https://www.paho.org/bra>

<http://portalms.saúde.gov.br/>

<https://www.saúde.gov.br/legislacao-da-saúde>

<http://www.tse.jus.br/>

<https://www.sciencemag.org/>

<https://science.sciencemag.org/content/early/2020/04/14/science.abb5793?rss=1>

COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL: SISTEMÁTICA PROCESSUAL E EFICÁCIA DA PROVA OBTIDA NO ESTRANGEIRO

DANIEL DE MORAIS MENDES:

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Pós-graduado em Direito Processual Civil e em Direito Administrativo. Servidor público do Tribunal de Justiça do DF - TJDF.

RESUMO: A necessidade de cooperar recai sobre atividades em que são necessários empenhos mútuos. No mundo atual e globalizado, referida necessidade se sobrepõe a limitações estatais, fazendo com que haja, num nível internacional, relações aptas a ensejar auxílio estrangeiro. Tendo em vista as benesses trazidas pela globalização e o estreitamento das relações mundo afora, a criminalidade consegue crescer a ponto de que não mais se tenha apenas um país interessado na investigação de um delito. Ocorre, no entanto, que não se apresenta fácil a persecução de um crime que ultrapassa a esfera de um Estado, principalmente pela pluralidade de sistemas judiciais com peculiaridades ímpares. Desse modo, a cooperação internacional voltada à esfera criminal tem como principal embaraço a questão relativa à prova. Objetivando encarar as diversidades processuais e fazer com que elementos probatórios possam ser úteis no ordenamento jurídico local, pesquisas doutrinárias, legais e jurisprudenciais demonstram que a cooperação penal internacional apresenta-se como o mecanismo idôneo a desburocratizar as mais variadas relações jurídicas criminais que ocorram sob um contexto internacional e esclarecem os conflitos envolvendo a sistemática processual brasileira e a eficácia da prova alienígena.

Palavras-chave: Cooperação penal internacional. Direito penal. Internacionalidade. Direito processual penal. Elementos probatórios. Prova alienígena válida e eficaz.

ABSTRACT: The need to cooperate rests on activities that are needed mutual commitments. In the current globalized world, that need overrides state limitations, so that there is, at the international level, relations able to give rise to foreign aid. Given the blessings brought by globalization and the strengthening of relations around the world, crime can grow dramatically to the point that not only has a country interested in the investigation of an offense. It happens, however, that the prosecution of a crime that goes beyond the sphere of the rule, especially by the plurality of judicial systems with odd quirks presents not easy. Thus, international cooperation focused on the criminal sphere is mainly embarrassment the question of evidence. Aiming to face the procedural differences and make evidence may be useful in the local law, international criminal cooperation presents itself as the ideal

mechanism to reduce bureaucracy the various criminal legal relations arising in an international context.

Keywords: Keywords: international criminal cooperation. criminal law. Intentionality. Criminal Procedural Law. evidence. valid and effectiveness alien evidence.

Sumário: 1. Introdução – 2. Cooperação jurídica internacional em matéria penal; 2.1. Internacionalização do crime e criminalidade transnacional oriunda do Brasil; 3. Necessidade de assistência jurídica internacional em matéria penal; 3.1. Dificuldades atinentes à cooperação jurídica internacional; 4. A sistemática da cooperação jurídica internacional no Direito brasileiro e a validação da prova alienígena; 4.1. Representantes da República Federativa do Brasil na persecução penal global; 4.2. Deslinde processual e atividade probatória; 4.3. Validade e eficácia da prova; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A difusão da criminalidade a nível supranacional faz com que os Estados estejam não apenas vulneráveis, mas também vinculados na persecução criminal. Há, portanto, um interesse de ambos no sentido de que os crimes sejam investigados e devidamente processados. No entanto, nem sempre as relações jurídico-estatais revelam-se coesas.

A diversidade de sistemas judiciais conflita diretamente com as sistemáticas processuais locais, na medida em que, ao se adotar um modelo peculiar de jurisdição, cada interessado procederá de forma diversa, colocando em risco a própria efetividade da prestação ora desejada. Não bastante, a dificuldade-mor é a atinente a atos anteriores à própria instauração da relação processual: momento investigatório.

Com efeito, um Estado deverá solicitar auxílio a outro para que se obtenham elementos probatórios mínimos que demonstrem (ou não) a autoria e materialidade de um crime ocorrido transnacionalmente. Todavia, condições devem ser observadas para que elementos eventualmente considerados como prova real da existência do crime possam ingressar e ter validade no ordenamento jurídico local.

Nesse sentido, a prática da cooperação penal internacional está em constante uso, ensejando estudos e aprofundamentos acerca do tema a fim que seja cada vez mais aperfeiçoada, haja vista que o exercício da cooperação internacional é atualmente um fenômeno que, em virtude da crescente criminalidade, se encontra em grande evidência. Sabe-se, entretanto, que questionamentos surgem em qualquer campo da ciência em que seja estudado com profundidade. No presente

artigo, a sistemática processual nacional e as questões relacionadas à prova alienígena revelam-se como os problemas centrais, sendo os mesmos abordados e aprofundados com base em pesquisas legais, doutrinárias e, sobretudo, jurisprudenciais.

Como proceder para que a prova obtida no estrangeiro possa ter eficácia no ordenamento jurídico brasileiro? A partir disso, o tema cooperação penal internacional será analisado numa perspectiva processual-probatória, tendo como enfoque a sistemática jurídica brasileira. Tenciona-se, por consequência, abordar o elemento prova juntamente com sua validade e eficácia, pontuando nuances procedimentais encontradas no Brasil. Posteriormente, para compactuar as ideias analisadas, será sugerida uma proposta de solução para entraves eventualmente encontrados, objetivando, com isso, tornar mais fluida a cooperação internacional em matéria penal.

2 COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL

A ideia de cooperação jurídica internacional, mormente no que toca à área criminal, tem ganhado cada vez mais espaço nos debates acadêmicos. Isso se deve a atual realidade nacional, consubstanciada na incessante internacionalização do crime, a qual transcende uma limitação fronteiriça para a prática delituosa.

Um dos principais fenômenos relacionados ao motivo da existência e da necessidade da cooperação entre Estados é a globalização. Sua incessante difusão, juntamente com o compartilhamento e a criação de fatores tecnológicos, deu ensejo ao surgimento de um terreno apto à proliferação de delitos considerados numa órbita internacional.

A globalização econômica e o crescente aumento nas relações interpessoais de caráter internacional levaram ao surgimento de nova criminalidade supranacional, sem fronteiras a limitá-la, como uma grande organização criminosa operando mundialmente.[1]

A cooperação jurídica internacional incidente em medidas processuais penais pode ser brevemente definida como um conjunto de atos solicitado por um Estado soberano a outro Estado, a fim de que um feito criminal tenha seu regular desenvolvimento. Nesse sentido, o penalista uruguaio Raúl Cervini assevera que:

A cooperação judicial penal internacional pode ser esquematizada funcionalmente como um conjunto de atividades processuais (cuja projeção não se esgota nas simples

formas), regulares (normais), concretas e de diversos níveis, cumpridas por órgãos jurisdicionais soberanos, que convergem (funcional e necessariamente) em nível internacional, na realização de mesmo fim, que não é senão o desenvolvimento (preparação e consecução) de um processo (principal) da mesma natureza (penal) dentro de um estrito marco de garantias.^[2]

Isso significa que a cooperação internacional para fins penais ultrapassa a esfera local de um envolvido. Desse modo, depreende-se que há um mútuo interesse investigatório, sendo que, por esse motivo, países precisam agir em cooperação e observar preceitos jurisdicionais de outro sistema.

No Brasil, a cooperação internacional em matéria penal, intermediada pela Autoridade Central, é utilizada objetivando a assistência de outro Estado em prol de um regular procedimento investigatório-judicial, o qual será válido apenas se ocorrer dentro da égide legal.

2.2 INTERNACIONALIZAÇÃO DO CRIME E CRIMINALIDADE TRANSNACIONAL ORIUNDA DO BRASIL

Nos dias atuais, o Brasil, por intermédio do Ministério Público Federal (MPF) e do Ministério da Justiça (MJ), órgãos que desempenham as funções de Autoridade Central, tem utilizado de diversas formas de cooperação jurídica internacional para a persecução de delitos que transcendem a jurisdição nacional. Frise-se, ainda, que a criminalidade transnacional proveniente do Brasil vem ganhando cada vez mais relevo no âmbito internacional^[3].

Com base nos vários escândalos internacionais, observa-se que a globalização não apenas trouxe comodidades à comunidade jurídica, mas principalmente facilitou as tratativas criminosas. Ao se apoderarem dos instrumentos oferecidos pela globalização, os criminosos agem de modo que, caso não houvesse a cooperação entre diferentes sistemas jurídicos, a investigação seria ainda mais morosa e dificultosa.

Faz-se necessário, por oportuno, estabelecer diferenciações acerca das espécies de crimes englobadas pela terminologia internacional. O conceito de crime internacional, dentre os variados apontamentos tragos pela doutrina nacional, pode ser apresentado em três facetas:

a) Em sentido estrito ou propriamente dito: corresponde aos crimes tipificados no Estatuto do Tribunal Militar Internacional

de Nuremberg. São (1) os crimes contra a paz, ou seja, violações da ordem internacional por meio de participação, promoção ou execução de guerras; (2) os crimes de guerra, assim entendidos aqueles atos cometidos mediante violação das leis de guerra, como a utilização de armas vedadas e as condutas que atingem civis fora do contexto da batalha; (3) os crimes contra a humanidade, consistentes em atos de lesa-humanidade, como assassinatos, extermínios, perseguição e escravização da população civil; b) em sentido amplo ou transnacional: é o crime que, em virtude de suas características, ultrapassa as fronteiras de determinado Estado, ainda que não haja tipificação em tratados e convenções internacionais; c) por contaminação ou difusão: a delinquência por contaminação ou difusão se define pela exteriorização – independentemente de tipificação em tratados ou convenções – se não simultaneamente, após breve intervalo de tempo em diversos Estados, exibindo as mesmas características. [4]

Os crimes transnacionais em geral, não apenas os oriundos do Brasil, têm aumentado cada vez mais e a ousadia das empreitadas criminosas, ao ultrapassarem fronteiras geográficas, dificulta sobremaneira a persecução penal. Alguns exemplos são comumente tragos à discussão:

O tráfico de entorpecentes passou a se estruturar em redes internacionais; o lenocínio passou a tirar proveito das diferenças de preços nos mercados de prostituição e formou densos fluxos de tráfico de exercentes da atividade; o enrijecimento dos controles imigratórios nos países desenvolvidos fez surgir o tráfico de trabalhadores, que conferiu, por sua vez, nova dimensão aos crimes de falsidade moral e ideológica e de corrupção; o contrabando e o descaminho se profissionalizaram e passaram a se articular com a indústria da contrafação, em autênticas redes de fornecimento e distribuição (v.g. bebidas alcoólicas, produtos de tabaco, programas de computador, fonogramas); o tráfico de armas deixou de processar-se à sombra estatal e passou a municiar organizações criminosas ou terroristas, que cada vez mais passaram a contar com autênticas forças privadas de segurança; a lavagem de ativos floresceu no bojo dos meios técnicos e dos arranjos institucionais de aproximação dos sistemas financeiros nacionais; a Internet tornou-se plataforma

para novos e estruturados modos de execução de tipos penais já existentes, como o furto, o estelionato, a extorsão, os crimes contra a honra e contra os bons costumes.^[5]

3 NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL

Diante de todas as circunstâncias em que a ordem jurídica internacional encara face à crescente onda de criminalidade transnacional, o ato de cooperar, a fim de que mais rapidamente se chegue à autoria dos delitos, é cada vez mais utilizado pelos Estados interessados na persecução penal global. A necessidade de um regular processo, assim, é irrefutável.

Luigi Ferrajoli estabelece que:

A distinção entre o processo e o fazer justiça com as próprias mãos ou de outros métodos bárbaros de justiça sumária reside no fato de que o processo prima por duas diferentes finalidades, em coerência com a dúplici função preventiva do direito penal: a punição dos culpados com a tutela dos inocentes.^[6]

A observância de um processo, conforme doutrina Ferrajoli, encontra amparo não apenas na punição que eventualmente sobrevirá ao término do processo, mas também na tutela que a sociedade vulnerável faz jus. Ainda no que se refere à cooperação internacional penal e às questões relacionadas ao processo, pontifica Ada Pellegrini Grinover que:

Dois valores relevantes, de certo modo antagônicos, têm emergido recentemente na cooperação internacional em matéria penal: de um lado, a necessidade de intensificar a cooperação na luta contra o crime; de outro, a consciência cada vez mais profunda de que os direitos fundamentais devem colocar-se como termo de referência na matéria e, conseqüentemente, como limite à cooperação internacional em matéria penal. Algumas cláusulas atinentes a direitos fundamentais têm caráter eminentemente processual, como o ne bis in idem, a observância das garantias do devido processo legal perante o Estado requerido, o controle da observância dessas garantias no Estado requerente, pelo requerido, a proibição dos tribunais de exceção etc.^[7]

Note-se a necessidade de cooperação interestatal e também a observância, no âmbito dos atos de cooperação para fins penais, dos direitos e garantias fundamentais. Embora haja o objetivo de se investigar e punir os autores dos delitos, as garantias referentes ao processo e ao investigado devem ser consideradas quando dos atos cooperacionais para que a persecução penal internacional não se sobreponha a direitos fundamentais.

3.1 DIFICULDADES ATINENTES À COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

A cooperação jurídica internacional traz a noção de um lugar comum da justiça, com o reconhecimento de várias jurisdições. Tem-se, então, a relativização do dogma da soberania. Assim, visualiza-se que a comunidade internacional encontra-se ativa na incessante luta contra a criminalidade internacional, sendo cada vez mais comum a adoção de instrumentos legais para devidamente instruir a cooperação entre Estados no combate à criminalidade.

Na República Federativa do Brasil, em específico, a cooperação apenas começou a, de fato, efetivar-se a partir da promulgação da atual Constituição Federal. Ademais, a incorporação e utilização de instrumentos internacionais tiveram um grande crescimento no final do milênio passado, momento em que começaram as discussões acerca da efetiva participação do Ministério Público na cooperação internacional.

Levando-se em consideração a necessidade de efetiva atuação do Brasil no contexto da incessante criminalidade oriunda do Estado brasileiro, intensifica-se a prática da cooperação internacional. Ocorre que, conquanto seja bem vista a cooperação internacional (cível ou criminal), as questões relacionadas à soberania e à ordem pública são tidas como os principais entraves à eficiência do instituto. Somam-se a isso as dificuldades relacionadas às questões meramente burocráticas, tais como os problemas de instrução do pedido de auxílio ou até mesmo de tradução.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)[8] traz, em seus precedentes, uma postura que restringe a cooperação entre Estados, mediante os argumentos usados para denegar pedido de cooperação por meio de cartas rogatórias. De acordo com Maíra Machado, são eles: caráter executório do pedido, necessidade de homologação de sentença estrangeira, necessidade de procedimento judicial, atentado à soberania, atentado à ordem pública, ausência ou insuficiência de provas[9].

Em específico no HC 87.759/DF[10], o STF verifica que aspectos relacionados à necessidade de se obter o *exequatur* são utilizados objetivando obstar diligências a serem realizadas em território nacional. Já em outros casos, como no HC 85588/RJ,

o STF vislumbrou a ausência de requisitos legais necessários, rejeitando os pleitos cooperacionais por entender que “a cooperação há de se fazer com respeito irrestrito à organicidade de Direito nacional, reafirmando-se a República como revelada por um Estado Democrático de Direito”[11].

4 A SISTEMÁTICA DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NO DIREITO BRASILEIRO E A VALIDAÇÃO DA PROVA ALIENÍGENA

Considerando, num primeiro momento, noções basilares acerca das relações internacionais do Brasil, Antenor Madrugá estabelece como premissa básica que “o Brasil está, no âmbito das relações internacionais, constitucionalmente proibido de procurar, assim como de aceitar (princípio da reciprocidade), soluções unilaterais^[12]”. Observa-se, assim, a necessidade de haver consenso ou interesse comum, rechaçando-se tomadas de decisões parciais. Para tanto, porém, dado país, num contexto internacional, precisará fazer-se representar por algum órgão.

No Brasil, conforme preceitua o art. 11, IV, do Decreto nº 6.061, de 15 de março de 2007[13], o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) da Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), do Ministério da Justiça (MJ), exerce a função de autoridade central para análise e tramitação dos pedidos de cooperação jurídica internacional. Na seara penal, o Ministério Público Federal, nos termos do art. 1º da Portaria Conjunta nº 1, de 27 de outubro de 2005[14], é o responsável pela propositura de demandas necessárias à cooperação internacional em medidas processuais penais perante a Justiça Federal.

Logo, a Autoridade Central, seja o Ministério da Justiça ou o Ministério Público Federal, requererá, junto ao órgão legalmente designado no país destinatário, a modalidade de cooperação jurídica cabível (extradição, entrega ao Tribunal Penal Internacional, transferência de apenados, homologação de sentença penal estrangeira, carta rogatória ou auxílio direto) ao feito criminal a que se pretende conduzir.

Antes de elaborar pedido de cooperação jurídica, entretanto, a autoridade no Brasil providenciará a instauração de procedimento penal idôneo em solo nacional, que, apenas ele, servirá de base para o pleito. Consoante a legislação dos países requeridos, as autoridades necessitarão de um lastro factual mínimo que demonstre a imprescindibilidade do pedido de cooperação judicial internacional. Ocorrendo todo o *iter* nos limites legais, as provas serão consideradas plenamente válidas no ordenamento brasileiro.

A par das questões legislativas, observa-se, a título ilustrativo, que a Convenção Interamericana sobre prova e informação acerca do direito estrangeiro,

Convenção de Montevideu, subscrita pelo Brasil e aprovada pelo Decreto nº 1.925 de 10 de junho de 1996, estabelece em seu art. 2º a possibilidade entre os Estados-membros de “solicitar, uns aos outros, os elementos de prova ou informação sobre o texto, vigência e alcance legal do seu direito”[15]. Isso auxilia diretamente na eventual adaptação de legislações conflitantes, e assim a validade dos elementos produzidos poderá ser reconhecida tanto no Estado requerido como no requerente.

4.1 REPRESENTANTES DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL NA PERSECUÇÃO PENAL GLOBAL

Quanto aos órgãos brasileiros incumbidos de representar o Brasil externamente em eventual perseguição internacional, tem-se que o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional – DRCI^[16], órgão do Ministério da Justiça, é, atualmente, o principal articulador e intermediário de medidas de cooperação internacional para a recuperação de ativos provenientes de lavagem de capitais. No que tange à sua atividade de cooperação internacional, o DRCI trata de matéria penal e cível, funcionando como autoridade central em quase todos os acordos de assistência jurídica, bem como intermediário no trâmite de cartas rogatórias. Concentra, assim, grande parte da atividade relativa à cooperação jurídica internacional.

Trata-se, na verdade, de um órgão que concentra a tramitação dos pedidos de assistência e cooperação tanto ativos – de órgãos do sistema de justiça brasileiro destinado ao exterior – quanto passivos – oriundos de autoridades estrangeiras para cumprimento no Brasil. De acordo com Maíra Machado, sua função é verificar o preenchimento dos requisitos legais conforme a legislação brasileira e o direito internacional e encaminhar a solicitação ao destinatário^[17].

Além do referido órgão do Poder Executivo, há também o Ministério Público Federal. A Portaria do Procurador-Geral da República (PGR) nº 23, de 3 de fevereiro de 2005, criou, no Gabinete do PGR, o Centro de Cooperação Jurídica Internacional (CCJI – MPF), que, em seu art. 1º, *caput*, estabelece que:

Incumbe ao CCJI – MPF assistir ao Procurador-Geral da República em assuntos de cooperação jurídica internacional com autoridades estrangeiras e organismos internacionais bem como no relacionamento com os órgãos nacionais voltados às atividades próprias da cooperação internacional.[18]

A base da introdução do Ministério Público Federal no campo internacional encontra amplo supedâneo constitucional. Conjugando os artigos 4º[19] e 21[20] da

CRFB/88, percebe-se que do mesmo modo em que é assegurada ao Brasil independência no plano internacional, protegendo e promovendo sua coexistência com os demais integrantes da ordem internacional, à União é conferido o papel de representar o país perante seus congêneres no plano mundial.

Os arts. 127 *usque* 129 da Constituição, ao assegurar ao Ministério Público autonomia, outorgando-lhe titularidade privativa da persecução penal, organizam o Ministério Público nacional e dão ao Ministério Público Federal primazia da persecução penal dentro da União, ao mesmo tempo em que conferem tal papel, nos estados, ao Ministério Público local. Desse modo, se à União compete a cooperação internacional, ao Ministério Público da União, com titularidade para a persecução penal – leia-se Ministério Público Federal, já que a praxe internacional exclui crimes militares do plano da cooperação internacional –, é atribuída a função de órgão competente para cooperar internamente com os órgãos de persecução penal das nações amigas^[21].

Desvencilhar-se da atuação do Poder Executivo, também é forte argumento de que o Brasil atribua ao Ministério Público a função de representante nacional na cooperação penal internacional. Quanto à importância do *parquet*, Milton Sanseverino reza que:

O Ministério Público atua, hoje, como autêntico representante da lei, e não mais como mero agente do Executivo, ou da Administração em geral, já não se pode duvidar. Representa ele, na verdade, a própria personificação, ou corporificação mesma, dos supremos ideais da coletividade, dos valores mais fundamentais ou transcendentais da sociedade, ou, em outras palavras, do Estado como entidade ético-jurídica presente num determinados tempo e lugar.[22]

Questão controvertida nas doutrina e lei pátrias diz respeito à atuação do Ministério Público na investigação internacional. Com efeito, o art. 129, I, CF/88[23] pode ser tido como esteio argumentativo de que a autoridade central brasileira deveria ser a Procuradoria Geral da República (órgão do Ministério Público Federal).

4.2 DESLINDE PROCESSUAL E ATIVIDADE PROBATÓRIA

Toda a atividade processual, ou até mesmo pré-processual, deve seguir um conjunto de métodos preestabelecido pelos Estados envolvidos na cooperação judicial. Na esfera criminal, a observância de um procedimento adequado é ainda maior do que na cível, haja vista que, em se tratando de um processo que pode resultar em eventual privação de liberdade, os direitos e garantias individuais devem ser cuidadosamente preservados. Evita-se, assim, ulterior anulação da ação penal.

Considera-se, então, a cooperação jurídica internacional penal como:

O conjunto de medidas e mecanismos pelos quais órgãos competentes dos Estados solicitam e prestam auxílio recíproco para realizar, em seu território, atos pré-processuais ou processuais que interessem à jurisdição estrangeira. O objetivo, portanto, é facilitar o acesso à justiça.^[24]

Para tanto, a cooperação internacional penal tencionada à obtenção de provas relacionadas à eventual prática de crime desenvolve-se por meio da assistência jurídica internacional em matéria criminal. A assistência jurídica internacional é uma das espécies de cooperação internacional, a qual possui dois veículos: carta rogatória (com previsão no art. 783 a 786 do Código de Processo Penal) e auxílio direto (veículo previsto em inúmeros tratados bilaterais e multilaterais, tais como o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais^[25], a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal^[26], a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior^[27], a Convenção Interamericana contra a Corrupção^[28], a Convenção Interamericana contra o Terrorismo^[29], a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção^[30] e a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional^[31]).

Faz-se oportuno mencionar que, no que tange aos meios de obtenção de prova, a iniciativa da cooperação cabe ao Estado, por meio da polícia ou do Ministério Público, ao acusado e respectivo defensor, à vítima ou assistente de acusação. Gustavo Badaró dispõe que não parece razoável a iniciativa do juiz brasileiro de ofício, uma vez que os meios de obtenção de prova são meios de investigação^[32].

Quanto aos veículos utilizados nas atividades investigatória e processual, a carta rogatória, instrumento previsto nos códigos processuais penal e civil brasileiros, destina-se a solicitar a atuação de outra jurisdição. Na esfera criminal, referido instrumento pode dizer respeito à fase investigatória, à fase citatória ou à fase probatória de um feito criminal. Ademais, aludido instrumento pode conter atos de natureza cautelar, tais como o arresto e o sequestro de bens.

Já o auxílio direto pode ser considerado, conforme os ensinamentos de Nadia Araújo e Carlos Alberto de Almeida:

Como a cooperação realizada entre Autoridades Centrais dos Estados-parte de convenções internacionais que preveem esse mecanismo de assistência mútua, ou, ainda, de acordos ou tratados bilaterais que tratam especificamente do tema.^[33]

Em outras palavras, o auxílio direto previsto nesses tratados internacionais consiste, na definição da Procuradoria-Geral da República, no “instrumento de colaboração penal internacional, através do qual é feito o encaminhamento do pedido de realização de um ato judicial que se faz necessário para a instrução de um procedimento penal em curso no Estado requerente”^[34].

4.3 VALIDADE E EFICÁCIA DA PROVA

A dinâmica almejada no procedimento da cooperação penal internacional está intimamente ligada à maior eficácia da prova obtida. Com efeito, porém, cumpre destacar não apenas a existência dos direitos humanos, mas sim o respeito aos mesmos quando da obtenção de qualquer elemento de prova.

Fábio Ramazzini Bechara, ao analisar a perspectiva do ideal universalista dos direitos humanos, estabelece uma ponte para as garantias processuais, que tem como esteio um padrão ético normativo. Nas palavras do referido autor, “o padrão normativo universal é o ponto de intersecção entre os sistemas jurídicos nacionais, e, portanto, o lugar comum no qual a assistência mútua deve se desenvolver de modo a assegurar a maior eficácia da prova”^[35].

Também são considerados os diferentes sistemas de provas existentes que acabam por dificultar a eficácia da prova. Para melhor contextualizar, Gomes Filho esclarece que:

É imprescindível sublinhar que as concepções sobre o papel do processo — e, especialmente, da prova — estão diretamente relacionadas aos escopos do próprio Estado: assim, num Estado que se pretenda organizar a vida dos indivíduos e conduzir a sociedade, o procedimento probatório tenderá a exercer uma função de maior investigação dos fatos; ao contrário, para um organização estatal preocupada somente em manter o equilíbrio social, preservando a autodeterminação dos indivíduos, o modelo certamente se limitará a disciplinar o encontro entre os interessados e, como consequência, a

atividade probatória estará menos afetada pelos interesses do próprio Estado.[36]

Compreende-se que, a partir do modelo adotado por cada um dos Estados envolvidos, a sistemática investigatória poderá desenvolver-se de modo não tão uniforme, porquanto cada sistema local estabelece seu procedimento probatório de forma singular. Um dos principais problemas que envolve a diversidade de sistemas jurídico-probatórios diz respeito à possibilidade e ao momento do contraditório. Nesse sentido, Fabio Ramazzini Bechara aduz que:

Na prova produzida no exterior, a manifestação do contraditório deve ser analisada em diferentes momentos: em primeiro lugar, a garantia da ciência acerca do ato a ser realizado, tanto no Estado requerente como no Estado requerido; em segundo lugar, a garantia de participação, que, no caso da prova documental, será sempre posterior, e, no caso da prova pessoal, a participação será simultânea.[37]

Ainda no que se refere à validade do elemento probatório, ter-se-á por inadmissível uma prova que viole garantias fundamentais, sendo inócuos, por conseguinte, a atividade probatória ou o seu resultado. Por exemplo, uma prova ilegal não pode ser admitida, pois, segundo Guilherme de Souza Nucci:

Constituem provas ilegais as que afrontam qualquer norma da legislação ordinária, por isso, envolvem tanto as penais quanto as processuais penais. Uma prova conseguida por infração à norma penal (ex: confissão obtida por tortura) ou alcançada violando-se norma processual (ex: laudo produzido por um só perito não oficial) constitui prova ilícita e de ser desentranhada dos autos.[38]

A assistência jurídica internacional busca a obtenção regular e legal de prova. Para tanto, devem ser observados os direitos fundamentais, a fim de que se assegure a maior eficácia da própria prova, além de uma maior eficiência na cooperação penal internacional e sem que haja ulterior invalidação de prova ou até mesmo do processo.

Toda a problemática envolta à questão da prova encontra-se amparada nas questões burocráticas, que acabam por resultar numa tramitação de assistência internacional sem resistência e pouco produtiva. Não basta ao Brasil, assim como os demais países, observar com peremptória coerência os direitos fundamentais no processamento da cooperação jurídica internacional, especialmente no que se refere

à colheita de prova, se questões puramente burocráticas continuarem a dificultar a cooperação entre os Estados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À míngua de uma normatização universal, no que se refere a um procedimento penal voltado à obtenção de provas, vê-se que desarmonias jurídicas não podem obstruir a necessidade de angariar provas. A real busca probatória deve pautar-se, nesse caso, num núcleo mínimo de garantias, o qual, ao mesmo tempo em que legitima a prova objetiva, não infirma a celeridade processual.

A reciprocidade também entra em cena quando se é debatida a incapacidade plena dos Estados, isto é, na medida em que eventual infração penal transcende a fronteira jurisdicional de um Estado, este dificilmente conseguirá sozinho realizar a devida investigação, haja vista a enormidade de questões locais diversas da que está acostumado.

É, assim, que os Estados, por vezes, com fulcro em algum diploma internacional, acabam prestando assistência jurídica uns aos outros, com forte participação de suas respectivas autoridades centrais. No entanto, malgrado estas possuam grande relevância nos dias atuais, é de se concluir que maior liberdade na comunicação dos atos processuais aumentaria sobremaneira a eficiência de sua atuação.

A compreensão de celeridade também pode ser relativa em se comparando um ordenamento jurídico com outro. É que as questões sociais locais, além de aspectos voltados à construção jurídico-histórica, também influenciam os mais diversos ordenamentos jurídicos. Ocorre, entretanto, que por mais que idiosincrasias possam ser constatadas, a colheita de uma prova válida deve ter prevalência à burocracia eventualmente encontrada.

A observância de direitos fundamentais, ao final, acaba por dar crédito a uma obtenção de prova célere, porquanto se terá respeitado um conjunto de direitos que acabam, de certa forma, confundindo-se, quais sejam, a legitimidade da prova (o que enseja a observância de direitos fundamentais para com o investigado/acusado) e a celeridade em sua obtenção (que preserva o princípio do devido processo legal e, por conseguinte, resguarda o interesse estatal em uma adequada punição, em sendo o caso).

6. REFERÊNCIAS

- 1 FRANCO, A.; STOCCO, R. (Coord.). **Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 5 v.
- 2 CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 51.
- 3 PETROBRAS aparece em 2º lugar na lista de escândalos de corrupção mundiais: Estatal só fica atrás do ex-presidente ucraniano Viktor Yanukovych. Escândalo na petroleira supera o da Fifa, segundo júri popular. **G1 Política**. Matéria disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/02/petrobras-aparece-em-2-lugar-na-lista-de-escandalos-de-corrupcao-mundiais.html>>. Acesso em: 6 mar. 2016.
- 4 JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. **O direito penal internacional e os crimes internacionais**. Disponível em: <http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2012/RID_2012_05.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2016.
- 5 MILLER, Marcello Paranhos de Oliveira. **O auxílio direto em matéria penal: a moldura jurídica de uma nova vertente da cooperação internacional**. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Orientadora: Professora Carmen Tiburcio. Rio de Janeiro: UERJ, 2008, p. 21.
- 6 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed., rev. e ampl. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al., colaboração de Alexis Augusto Couto de Brito et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- 7 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Processo penal transnacional: linhas evolutivas e garantias processuais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 9, 1995.
- 8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 85.588-1**, Relator: Min. Marco Aurélio de Mello, publicado no DJU de 15/12/2006; BRASIL. STF. **HC 90.485-1**, Relator: Min. Cezar Peluso, publicado no DJU de 08/06/2007.
- 9 MACHADO, Máira Rocha. Cooperação penal internacional e o intercâmbio de informações bancárias: as decisões do STF sobre a quebra de sigilo bancário em cartas rogatórias. In: MACHADO, Máira Rocha; REFINETTI, Domingo (Org.). **Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 105.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 87.759-1**, Relator: Min. Marco Aurélio de Mello, publicado no DJU de 18/04/2008.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 85588/RJ**, julgamento em: 05/03/2005, publicação DJ 16/03/2005.

12 MADRUGA, Antenor. **A decisão extraterritorial sem cooperação**. Consultor Jurídico, 6 jul. 2011. Disponível em: <<http://zip.net/bsq7Qd>> ou <<http://www.conjur.com.br/2011-jul-06/decisao-extraterritorial-nao-cumprida-acordo-cooperacao>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

13 BRASIL. **Decreto nº 6.061, de 15 de março de 2007**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/decreto/d6061.htm>. Acesso em: 21 ago. 2016.

14 BRASIL. **Portaria Conjunta nº 1**, de 27 de outubro de 2005. Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=190221>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

15 BRASIL. **Decreto nº 1.925**, de 10 de junho de 1996, art. 2º. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1925.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

16 O DRCI foi criado pelo Decreto nº 4.991 de 18 de fevereiro de 2004.

17 MACHADO, Máira Rocha. **O Plano local e supra-estatal de gestão de problemas e conflitos internacionais**. O direito moderno em face da internacionalização do campo jurídico. 2003. 254 f. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

18 BRASIL. Portaria PGR nº 23, de 03 de fevereiro de 2005.

19 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 4º. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

20 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 19º. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

- 21 LESSA, L. F. V. C. **Persecução penal e cooperação internacional direta pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 195-217.
- 22 1978 *apud* RIBEIRO, Diaulas Costa. **Ministério Público dimensão constitucional e repercussão no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 48-49.
- 23 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 121, I. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 ago. 2016.
- 24 ABADE, Denise Neves. **Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- 25 BRASIL. **Decreto nº 3.468**, de 17 de maio de 2000. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3468.htm. Acesso em: 27 ago. 2016.
- 26 BRASIL. **Decreto nº 6.340**, de 3 de janeiro de 2008. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6340.htm. Acesso em: 27 ago. 2016.
- 27 BRASIL. **Decreto nº 5.919**, de 3 de outubro de 2006. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5919.htm. Acesso em: 27 ago. 2016.
- 28 BRASIL. **Decreto nº 4.410**, de 7 de outubro de 2002. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm. Acesso em: 27 ago. 2016.
- 29 BRASIL. **Decreto nº 5.639**, de 26 de dezembro de 2005. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5639.htm. Acesso em: 27 ago. 2016.
- 30 BRASIL. **Decreto nº 5.687**, de 31 de janeiro de 2006. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm. Acesso em: 27 ago. 2016.
- 31 BRASIL. **Decreto nº 5.015**, de 12 de março de 2004. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 27 ago. 2016.

32 BADARÓ, Gustavo Henrique Raghi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. P. 119.

33 ARAÚJO, Nadia de; SALLES, Carlos Alberto de; ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Medidas de cooperação interjurisdicional no Mercosul. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 30, n. 123, p.45, maio, 2005.

34 BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. **Cooperação internacional**. Disponível em: <<http://gtld.pgr.mpf.mp.br/gtld/cooperacao-internacional/glossario/glossario-cooperacao-internacional>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

35 BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**: eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58.

36 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 19.

37 BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**: eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 104.

38 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NOTAS:

[1] FRANCO, A.; STOCOCO, R. (Coord.). **Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 5 v.

[2] CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 51.

[3] PETROBRAS aparece em 2º lugar na lista de escândalos de corrupção mundiais: Estatal só fica atrás do ex-presidente ucraniano Viktor Yanukovich. Escândalo na petroleira supera o da Fifa, segundo júri popular. **G1 Política**. Matéria disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/02/petrobras-aparece-em-2-lugar-na-lista-de-escandalos-de-corrupcao-mundiais.html>>. Acesso em: 6 mar. 2016.

[4] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. **O direito penal internacional e os crimes internacionais**. Disponível em:

<http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2012/RID_2012_05.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2016.

[5] MILLER, Marcello Paranhos de Oliveira. **O auxílio direto em matéria penal**: a moldura jurídica de uma nova vertente da cooperação internacional. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Orientadora: Professora Carmen Tiburcio. Rio de Janeiro: UERJ, 2008, p. 21.

[6] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed., rev. e ampl. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al., colaboração de Alexis Augusto Couto de Brito et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

[7] GRINOVER, Ada Pellegrini. **Processo penal transnacional**: linhas evolutivas e garantias processuais. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 9, 1995.

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 85.588-1**, Relator: Min. Marco Aurélio de Mello, publicado no DJU de 15/12/2006; BRASIL. STF. **HC 90.485-1**, Relator: Min. Cezar Peluso, publicado no DJU de 08/06/2007.

[9] MACHADO, Máira Rocha. Cooperação penal internacional e o intercâmbio de informações bancárias: as decisões do STF sobre a quebra de sigilo bancário em cartas rogatórias. In: MACHADO, Máira Rocha; REFINETTI, Domingo (Org.). **Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos**: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 105.

[10] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 87.759-1**, Relator: Min. Marco Aurélio de Mello, publicado no DJU de 18/04/2008.

[11] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 85588/RJ**, julgamento em: 05/03/2005, publicação DJ 16/03/2005.

[12] MADRUGA, Antenor. **A decisão extraterritorial sem cooperação**. Consultor Jurídico, 6 jul. 2011. Disponível em: <<http://zip.net/bsq7Qd>> ou <<http://www.conjur.com.br/2011-jul-06/decisao-extraterritorial-nao-cumprida-acordo-cooperacao>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

[13] BRASIL. **Decreto nº 6.061, de 15 de março de 2007**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6061.htm>. Acesso em: 21 ago. 2016.

[14] BRASIL. **Portaria Conjunta nº 1**, de 27 de outubro de 2005. Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=190221>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

[15] BRASIL. **Decreto nº 1.925**, de 10 de junho de 1996, art. 2º. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1925.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

[16] O DRCI foi criado pelo Decreto nº 4.991 de 18 de fevereiro de 2004.

[17] MACHADO, Máira Rocha. **O Plano local e supra-estatal de gestão de problemas e conflitos internacionais**. O direito moderno em face da internacionalização do campo jurídico. 2003. 254 f. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

[18] BRASIL. Portaria PGR nº 23, de 03 de fevereiro de 2005.

[19] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 4º. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

[20] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 19º. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

[21] LESSA, L. F. V. C. **Persecução penal e cooperação internacional direta pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 195-217.

[22] 1978 *apud* RIBEIRO, Diaulas Costa. **Ministério Público dimensão constitucional e repercussão no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 48-49.

[23] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 121, I. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

[24] ABADE, Denise Neves. **Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

[25] BRASIL. **Decreto nº 3.468**, de 17 de maio de 2000. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3468.htm>. Acesso em: 27 ago. 2016.

[26] BRASIL. **Decreto nº 6.340**, de 3 de janeiro de 2008. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6340.htm>. Acesso em: 27 ago. 2016.

[27] BRASIL. **Decreto nº 5.919**, de 3 de outubro de 2006. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5919.htm>. Acesso em: 27 ago. 2016.

[28] BRASIL. **Decreto nº 4.410**, de 7 de outubro de 2002. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm>. Acesso em: 27 ago. 2016.

[29] BRASIL. **Decreto nº 5.639**, de 26 de dezembro de 2005. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5639.htm>. Acesso em: 27 ago. 2016.

[30] BRASIL. **Decreto nº 5.687**, de 31 de janeiro de 2006. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 27 ago. 2016.

[31] BRASIL. **Decreto nº 5.015**, de 12 de março de 2004. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 27 ago. 2016.

[32] BADARÓ, Gustavo Henrique Raghi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. P. 119.

[33] ARAÚJO, Nadia de; SALLES, Carlos Alberto de; ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Medidas de cooperação interjurisdicional no Mercosul. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 30, n. 123, p.45, maio, 2005.

[34] BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. **Cooperação internacional**. Disponível em: <<http://gtld.pgr.mpf.mp.br/gtld/cooperacao-internacional/glossario/glossario-cooperacao-internacional>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

[35] BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**: eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58.

[36] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 19.

[37] BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**: eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 104.

[38] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

ISADORA BEATRIZ TEIXEIRA CARLOS:

Doutoranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil/PR. Bolsista CAPES/PROSUP. Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil/PR. Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pela Universidade Positivo/PR;

Resumo: O presente artigo analisa a jurisdição constitucional no Brasil. Primeiramente, serão feitas considerações a respeito da função da jurisdição constitucional, seu objeto e sua legitimidade no Estado Democrático de Direito. Posteriormente, serão analisados os eventuais limites à atuação da jurisdição constitucional. Mediante análise doutrinária, tendo como base o analisado anteriormente, explorar-se-á a jurisdição constitucional no Brasil de forma mais abalizada, tendo como substrato o Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Jurisdição Constitucional. Supremo Tribunal Federal.

Sumário: 1. Introdução – 2. Jurisdição Constitucional – 3. Eventuais Limites – 4. Caso Brasileiro – 5. Considerações Finais – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Estado Social e Democrático de Direito brasileiro, por meio de sua Lei Fundamental, a Constituição Federal de 1988, estabelece como instrumento para garantia de sua força normativa e hierárquica a jurisdição constitucional.

Por conta de sua característica interpretativa, a jurisdição constitucional mostra-se um dos principais pontos de discussão do Direito Constitucional brasileiro. Dessa forma, muitas críticas são traçadas a respeito de sua atuação e estudos são realizados a fim de determinar seus limites.

Tendo em vista essa complexidade na determinação de seus atributos é que se torna essencial seu estudo, tendo como finalidade esclarecer um pouco mais sobre o seu papel no ordenamento jurídico brasileiro, assim como sua aplicação no Estado e na realidade constitucional brasileira.

Mediante análise doutrinária, buscar-se-á compreender o instituto da jurisdição constitucional no Brasil de forma mais abalizada, assim como o papel do Supremo Tribunal Federal, primeiro deslindando o conceito, o objeto e a legitimidade da jurisdição constitucional, passando a analisar seus eventuais limites e, posteriormente, a análise da jurisdição constitucional verticalizada no caso brasileiro.

2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988, lei máxima que regula e organiza o funcionamento do Estado brasileiro, adota como modelo o Estado Social e Democrático de Direito, e tem sua legitimidade disciplinada na concretização da democracia e na realização dos direitos fundamentais, seus pilares de convivência imperativa, haja vista a imprescindibilidade para existência e realização mútua (STRECK, 2002, p. 104).

Além disso, o Estado brasileiro destina-se a assegurar a justiça como valor de uma sociedade pluralista, que tem como fundamento a estreita vinculação aos direitos fundamentais, como o direito à liberdade, à igualdade, à cidadania e à dignidade da pessoa humana, e compromete-se constitucionalmente com os direitos sociais, tendo como fim a realização de um determinado projeto social previsto constitucionalmente.

Tendo em vista essa hierarquia, uma das grandes questões acerca da teoria constitucional brasileira é a realização de sua força normativa. Torna-se essencial a existência de instrumentos que garantam o satisfatório cumprimento da norma fundamental pelo Poder Público, pois a força normativa de seus preceitos obrigatórios só existirá plenamente se o próprio texto constitucional apresentar mecanismos suficientes para assegurá-la (FISCHER, 2002, p. 13).

Assim, a Constituição depende precipuamente de mecanismos que assegurem condições que possibilitem a efetivação desse modelo de Estado e de todo seu conteúdo; a instrumentalização dos valores constitucionais e a verificação da concretização desses valores acontecem “através do que se convencionou chamar de justiça constitucional, mediante o mecanismo da jurisdição constitucional” (STRECK, 2002, p. 99).

A jurisdição constitucional mostra-se um dos principais pontos de discussão do Direito Constitucional brasileiro desde o início da movimentação para alteração do texto constitucional, no advento da Constituição Federal de 1988, tendo em vista a necessidade de desenvolver os mecanismos do ordenamento que iriam impedir os ataques às normas constitucionais e, também, impor seu cumprimento (FISCHER, 2002, p. 7).

Com os novos valores trazidos pelo estabelecimento de um Estado mais social através da promulgação da Constituição Federal de 1988, destinado a assegurar o exercício de direitos, fundado na democracia e no respeito à dignidade da pessoa humana e a todos os direitos fundamentais, o Poder Judiciário assume função de controle dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo e de assegurar o cumprimento das normas constitucionais.

Assim sendo, a justiça constitucional tem um papel no Estado, pois confronta os Poderes, e tem seus limites através da jurisdição constitucional (STRECK, 2002, p. 101); uma vez que a jurisdição constitucional mostra-se como elemento do sistema de medidas que tem como objetivo assegurar o regular exercício das funções estatais, que são atos jurídicos de criação de normas jurídicas ou execução dessas (KELSEN, 2003, p. 123-124).

Diante do caráter compromissário e da força normativa da Constituição garantida no Estado Democrático de Direito é que ocorre, às vezes, “um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da jurisdição constitucional” (STRECK, 2002, p. 32).

Nessa lógica, Luís Roberto BARROSO (2014, p. 3-4), destaca que a expressão jurisdição constitucional descreve a interpretação e aplicação da Constituição pelo Poder Judiciário no controle de constitucionalidade de leis e demais atos do Poder Público e das normas infraconstitucionais.

Nesse sentido, Ingo Sarlet salienta que o papel da jurisdição constitucional vai além do controle de proteção das pessoas contra os abusos dos poderes estatais, pois ela inclui também uma atuação positiva no sentido de conferir a maior eficácia possível às normas de direitos fundamentais, utilizando como instrumentos a interpretação e a integração. Assim, considera-se não uma faculdade, mas um dever dos magistrados efetuarem a interpretação e a integração da lei, conforme os preceitos fundamentais previstos na Lei Maior. (BAEZ; MOZETIC, 2014, p. 54).

Portanto, “[...] a jurisdição constitucional existe basicamente para dar proteção e eficácia à Constituição”. Só assim é que essa se põe como norma fundamental, sendo a atuação da jurisdição constitucional a principal garantia da força hierárquica da Lei Maior (FISCHER, 2002, p. 9).

Em se tratando de um Estado Democrático de Direito, a jurisdição constitucional tem o dever de, além de apenas garantir os direitos fixados no

ordenamento, estabelecer posições jurídicas que aproximem a norma da realidade e possibilitem o alcance dos objetivos do Estado (STRECK, 2002, p. 34-35).

Paulo BONAVIDES (2004, não p.) afirma que o conceito de jurisdição constitucional em sua versão contemporânea está ligado à necessidade do estabelecimento, dentro de uma sociedade plural, complexa e regida pelo princípio democrático, de uma instância neutra, mediadora e imparcial para a moderação dos conflitos constitucionais. Assim, em uma leitura constitucional o importante papel da jurisdição constitucional se destaca, pois ela é “condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito” que assegura a Constituição enquanto fundamento de validade do ordenamento e da atividade político-estatal (STRECK, 2002, p. 27).

A Constituição é a norteadora de toda atuação estatal, sendo a maior e primordial garantia à vinculação e proteção dos direitos fundamentais, do princípio democrático e da legitimidade dos Poderes.

Em razão disso, cresce a extraordinária relevância da jurisdição constitucional, ou seja, do controle de constitucionalidade, campo de batalha da Lei Fundamental onde se afiança juridicamente a força legitimadora das instituições. Em verdade, a justiça constitucional se tornou uma premissa da democracia: a democracia jurídica, a democracia com legitimidade. (BONAVIDES, 2004, não p.).

Por isso, a jurisdição constitucional exerce, na defesa dos preceitos obrigatórios constitucionais, o que podemos chamar de controle negativo (MORAES, 2003, p. 71). Assim exercendo sua jurisdição apenas para proteger os valores constitucionais, não impulsionando sua realização prévia, conforme competência dos outros Poderes que tem atuação positiva, mas somente como forma de controle.

Hans KELSEN (2003, p. 155), em grande contribuição, afirma que o objeto principal da jurisdição constitucional é constituído pelas leis cuja inconstitucionalidade é alegada. Mas para o autor, a jurisdição constitucional não se restringe apenas à análise das leis em sentido estrito, mas sim todos os atos com força de lei, não se limitando aos promulgados pelo Poder Legislativo, incluindo, assim, os atos do Poder Executivo e atos administrativos.

Porém, o referido autor (KELSEN, 2003, p. 155) realça a complexidade existente para limitar a competência dessa jurisdição constitucional ao se ampliar essa margem de controle de constitucionalidade a demais atos que não apenas os legislativos, como decretos e atos regulamentares.

O ponto essencial na determinação da competência da jurisdição constitucional é, de fato, delimitá-la de maneira adequada em relação à competência da jurisdição administrativa que existe na maioria dos Estados. De um ponto de vista puramente teórico, seria possível basear a separação dessas duas competências na noção de garantia da Constituição, atribuindo à jurisdição constitucional a decisão da regularidade de todos os atos imediatamente subordinados à Constituição. (KELSEN, 2003, p. 157).

Apesar da complexidade em delimitar sua competência, é indubitável a vinculação da legitimidade da jurisdição constitucional com a legitimidade da Constituição, pois “[...] se não houver Constituição legítima, tampouco haverá legitimidade jurisdicional” (BONAVIDES, 2004, não p.).

Portanto, nessa perspectiva, a jurisdição constitucional deduz sua legitimidade do próprio texto constitucional e tem como fundamento a proteção ao Estado Democrático de Direito, aos valores constitucionais básicos e, em especial, aos direitos fundamentais (MORAES, 2003, p. 68, 71).

A ideia de Estado Democrático traz implicitamente o conjunto de questões referentes à tensão existente entre jurisdição e legislação, e, conseqüentemente, a legitimidade da atuação da justiça constitucional fundamenta-se no caráter existencial desse Estado, que é a democracia em sua visão contemporânea, demarcada pela tradição do segundo pós-guerra (STRECK, 2002, p. 102, 106).

A complementariedade entre democracia e Estado de Direito é a ideia inicial que justifica a legitimidade da justiça constitucional, pois a democracia identifica-se na soberania popular e o Estado de Direito na supremacia da Constituição, respeito aos direitos fundamentais e no controle jurisdicional da atuação estatal (MORAES, 2003, p. 67).

[...] a legitimidade democrática da jurisdição constitucional na efetivação dos direitos fundamentais sociais consiste no fato de que só se poderá falar em democracia fundada em igualdade material, quando os cidadãos tiverem seus direitos sociais mínimos garantidos, que lhes possibilitem o exercício de seus direitos políticos de forma plena e verdadeiramente democrática. E em uma Constituição democrática como a brasileira, o papel da jurisdição constitucional é o de proteger as minorias, enquanto grupos vulneráveis, e de lhes assegurar

a realização de seus direitos fundamentais. (BARBOZA, 2007, p. 210).

Por todos esses aspectos, a legitimidade da justiça constitucional limitada pela jurisdição constitucional funda-se na necessidade de assegurar e efetivar os direitos fundamentais e os princípios constitucionais que delimitam o Estado e todo o exercício do seu poder.

Tendo em conta o papel da jurisdição constitucional na proteção e efetivação da Constituição e a importância do texto constitucional na delimitação da dimensão das responsabilidades dessa jurisdição, ao analisarmos o ordenamento brasileiro e, principalmente, a Constituição de 1988, vinculante, dirigente e compromissória, temos que a jurisdição constitucional é a principal garantia da força normativa da lei máxima do Estado brasileiro (FISCHER, 2002, p. 9).

No Brasil, é de conhecimento geral e, principalmente, dos estudiosos da política e do direito, que existe um baixo índice de atendimento dos princípios e direitos fundamentais para com grande parte da população. Assim sendo, a atuação da jurisdição constitucional “é imprescindível para a realização dos direitos constitucionais que ficam frequentemente desamparados diante da inércia dos poderes Legislativo e Executivo” (BAEZ; MOZETIC, 2014, p. 54).

Dessa forma, “[...] reclama-se um Poder Judiciário mais ativo e que seja capaz de responder aos anseios da população na busca pela concretização de todos os direitos consagrados pela Constituição de 1988” (FISCHER, 2002, p. 18).

Ao examinarmos mais atentamente a jurisdição constitucional no Brasil, é possível distinguir alguns empecilhos para sua atuação da forma necessária a realização de todas as suas intenções.

Paulo BONAVIDES (2004, não p.) ressalta que quanto mais concentrada a jurisdição constitucional, como em um só órgão do Poder Judiciário, menos democrática ela será. Essa concentração pode ser observada na jurisdição constitucional no Brasil, uma vez que esse parece ser o caminho trilhado pelo judiciário brasileiro, haja vista a perda ou a desativação do controle difuso de constitucionalidade, que culmina no desgaste da legitimidade da jurisdição.

Esse desgaste dá-se pela diminuição do caráter democrático, aberto e independente da jurisdição, possibilitando maior sujeição “às pressões e interferências políticas do Poder Executivo” (BONAVIDES, 2004, não p.).

Outro empecilho, que compromete em parte a legitimidade da jurisdição constitucional no Brasil, citado pelo mesmo autor (BONAVIDES, 2004, não p.), pode ser vislumbrado na atuação não exclusiva do Supremo Tribunal Federal (STF) como corte constitucional. Pois, ao contrário do modelo europeu em que existe atuação restrita, o STF acumula outras atribuições que impossibilitam a dedicação necessária ao exame das questões constitucionais.

A despeito dessas críticas ao funcionamento e organização da jurisdição constitucional no Brasil, a importância desta é fundamental ao Estado Democrático e à efetivação dos propósitos da Constituição. Mas a atuação da jurisdição constitucional legitima-se e limita-se, ao mesmo tempo, pelo texto constitucional; sendo que suas decisões não podem ser extremamente discricionárias, para que não haja violação dos princípios basilares da Constituição e do Estado Democrático de Direito (BAEZ; MOZETIC, 2014, p. 55).

Levando-se em consideração esses aspectos, a jurisdição constitucional possui limites para sua atuação, os quais devem ser respeitados a fim de assegurar os objetivos e a própria finalidade dessa significativa jurisdição.

3. EVENTUAIS LIMITES

Tendo em vista a previsão na Constituição Federal de 1988 e a constatação de seu importante papel na realização da força normativa desta e na efetivação do Estado Democrático e de seus propósitos, a legitimidade da jurisdição constitucional perpassa a análise dos limites de sua atuação; “busca-se averiguar até onde esta pode atuar para garantir a efetividade das normas constitucionais, sem afrontar o próprio texto constitucional” (FISCHER, 2002, p. 10).

É evidente que a jurisdição constitucional encontra limites na própria normatividade da Lei Maior, que, ao estabelecer mecanismos para sua efetivação (STRECK, 2002, p. 102), também delimita sua atividade.

Dessa forma, independentemente da existência de normas específicas que expressamente limitem a atuação da jurisdição constitucional, é na interpretação constitucional que essa jurisdição encontra tanto sua legitimidade quanto seus limites.

Entretanto, mesmo não existindo limites expressos na Constituição, não é razoável a simples dedução de que o Poder Judiciário deveria então interpretar o texto constitucional da maneira mais restritiva, pois ao mesmo tempo em que não conseguimos encontrar limites explícitos, também se torna impossível encontrar qualquer determinação para uma atuação restritiva (FISCHER, 2002, p. 11).

Diante disso, é através da interpretação constitucional e da leitura sistemática da Constituição, levanto em conta, principalmente, seus fundamentos e objetivos, que se torna viável a determinação dos possíveis limites da jurisdição constitucional.

Uma das grandes polêmicas que gira em torno desta jurisdição é seu presumido cunho antidemocrático; uma vez que a aparente tensão entre a jurisdição constitucional e a democracia se expressa pelo fato do Poder Judiciário, que não é eleito, ter a possibilidade, e até o dever, de revisar e anular normas oriundas da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, representantes democráticos do povo, que se mostrem incompatíveis com os valores constitucionais (BARBOZA, 2007, p. 51).

Segundo Hans KELSEN (2003, p. 151), a afirmação da incompatibilidade da jurisdição constitucional com o Poder Legislativo dá-se pelo poder político existente no Legislativo não desejar se deixar limitar pela Constituição, mas que inexistente argumento jurídico que embase essa incompatibilidade.

Assim sendo, um dos limites da jurisdição constitucional é o próprio Estado Democrático de Direito que a legitima. Mas, conforme sustenta Lenio Luiz STRECK (2002, p. 99), “[...] a experiência de inúmeras nações tem apontado para o fato de que o Estado Democrático de Direito não pode funcionar sem uma justiça constitucional”.

Nesse seguimento, o fato de o Poder Judiciário ter a palavra final quanto à interpretação constitucional das normas controvertidas, não o torna único, ou mesmo principal, foro para se debater ou reconhecer a “vontade constitucional”, pois não suprime a expressão social, a vontade popular e o poder democrático do povo (BARROSO, 2014, p. 15).

A jurisdição constitucional deve atuar para preservar o Estado Democrático de Direito em sua totalidade, manifestando-se apenas quando necessária para defender a Constituição Federal na concretização de seus propósitos, protegendo os direitos fundamentais, que são limites à atuação do Estado e asseguram o processo democrático.

Ronald DWORKIN (2001, p. 25-32), ao enfrentar a questão da democracia dentro de sua análise quanto ao modo como os juízes decidem os casos controversos, afirma que a transferência das decisões sobre direitos do Legislativo para o Judiciário não retarda o ideal democrático, podendo até promovê-lo. Mas que os juízes, como não eleitos, não devem modificar ou expandir o repertório legal, apenas aplicar a legislação (DWORKIN, 2001, p. 17).

“Para Dworkin, uma decisão judicial deve sempre se fundamentar num argumento de princípio, e nunca num argumento de política para não ultrapassar a sua competência e ferir os ideais democráticos” (CHUEIRI; SAMPAIO, 2012, p. 388-389). Explorando a questão da jurisdição constitucional através da análise de diferentes formas de interpretação constitucional, o referido autor constata que o Judiciário deve decidir sobre os direitos que as pessoas têm a partir da interpretação do sistema constitucional, partindo do princípio básico de que o Estado deve tratar a todos com isonomia (DWORKIN, 2001, p. 101).

Do exposto é possível depreender que existe convergência entre a democracia e a jurisdição constitucional, sendo que entre essas duas importantes “entidades”, dentro dos propósitos do Estado Democrático de Direito, existe uma associação.

Outro argumento para limitar a jurisdição constitucional respalda-se em sua ligação com a política. Pois, conforme Luís Roberto BARROSO (2014, p. 10-11), ao invalidar atos do Poder Legislativo e do Executivo ou impor-lhes deveres, essa jurisdição desempenha papel político. Dessa forma, essa atuação expansiva do Poder Judiciário recebe, historicamente, críticas de natureza política, questionando “sua legitimidade democrática e sua suposta maior eficiência na proteção dos direitos fundamentais”.

Em se tratando dessa vertente política da jurisdição constitucional, alguns autores defendem que é constitucionalmente aceitável e até desejável que o Poder Judiciário, como defensor da Constituição, o tenha.

Este preconceito parte sobretudo daqueles que conjecturam uma justiça constitucional absolutamente neutra tomando por condição de independência da corte constitucional não se imiscuir com matéria política, quando, em verdade, se sabe que toda Constituição tem, por sua natureza mesma, um alto teor de politicidade, superior ao de juridicidade. (BONAVIDES, 2004, não p.).

No Brasil, a Constituição Federal instrumentalizou o Poder Judiciário com mecanismos de controles da atuação estatal como um todo, assim, o Judiciário foi orientado a exercer esse caráter político sem preparação, dificultando a neutralidade necessária para a solução das demandas sociais (BAEZ; MOZETIC, 2014, p. 53-54). Assim sendo, essa falta de preparação ao exercitar o viés político é digna de censura.

A despeito dessa natureza política que existe, afirma Hans Kelsen (2003, p. 154) que “É tão difícil quanto desejável afastar qualquer influência política da

jurisdição constitucional”. Portanto a política realmente se mostra como um limite à jurisdição constitucional.

A ilegitimidade das decisões judiciais baseadas em política é professada por Ronald DWORKIN (2010, p. 36, 128-158), que reconhece legítimas as decisões do Poder Judiciário baseadas em princípios. Sendo política, para o autor, o “padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” e princípio “um padrão que deve ser observado [...] porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Nesse sentido, pode-se extrair que Dworkin defende que as decisões judiciais não extrapolem para o caráter político, como são os atos do Poder Legislativo e Executivo que tem objetivos coletivos, mas mantenham-se nos argumentos de princípio, que garantem os direitos fundamentais (CHUEIRI; SAMPAIO, 2012, p. 382).

Quanto a isso, torna-se relevante destacar que nas obras de Dworkin é possível ver a utilização do termo “política” de duas formas diversas: como argumento e como fundamento. Na configuração supracitada que determina política como argumento de criação do direito e na diferenciação entre fundamentos políticos e fundamentos de política partidária.

Assim sendo, DWORKIN (2001, p. 3-4) defende que os juízes devem decidir os casos baseando-se em fundamentos políticos, para que a decisão “seja tomada sobre o fundamento de que certos princípios da moralidade política são corretos”. Portanto, os fundamentos políticos não se ligam a partidos políticos, mas sim a princípios^[1].

Diante disso, Ronald Dworkin mantém seu posicionamento sólido com relação à limitação da jurisdição pela política. Pois a criação do direito – argumentos de política – é papel dos Poderes democraticamente eleitos, sendo papel do Judiciário aplicá-lo (DWORKIN, 2010, p. 128), pois os eleitos são habilitados para decisões políticas (DWORKIN, 2001, p. 17), conforme o argumento da democracia anteriormente mencionado.

Por isso tudo, Dworkin fundamenta as decisões do Poder Judiciário na integridade do ordenamento jurídico, ou seja, a busca pela melhor interpretação jurídica, devendo o juiz realizar essa interpretação em uma compreensão do direito para alcançar a melhor decisão, orientada sempre por princípios, nunca por políticas (CHUEIRI; SAMPAIO, 2012, p. 389).

Diferente objeção acerca da jurisdição constitucional se encontra fundada no princípio da separação dos poderes. Esse limite à atuação jurisdicional evidencia-se uma vez que esta não pode violar os institutos da Constituição Federal, principalmente os mais fundamentais (FISCHER, 2002, p. 28).

É perceptível que a anulação de um ato legislativo pelo Poder Judiciário “constitui uma intromissão no poder legislativo” (KELSEN, 2003, p. 151), e que isso poderia colocar em cheque a separação dos poderes. Nada obstante, KELSEN desenvolve a partir de sua distinção entre função jurisdicional como a que cria unicamente normas individuais, e função legislativa a que cria normas gerais, tese de que o órgão ao qual cabe a jurisdição constitucional não exerce função verdadeiramente jurisdicional, tendo em conta que “anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração” sendo, portanto, função legislativa. Sendo assim, não há que se falar em uma violação ao princípio da separação de poderes^[2] (2003, p. 151-153).

Nesse segmento, o autor supracitado desenvolve seu raciocínio observando a evidente independência do órgão que exerce a função jurisdicional – Poder Judiciário – quanto ao Poder Legislativo, pois esse último deve ser controlado pela jurisdição constitucional, que tem sua atividade absolutamente determinada pela Constituição, portanto aplica o direito e somente em pequena medida o cria, o que a enquadra em função efetivamente jurisdicional, como qualquer outro tribunal (KELSEN, 2003, p. 153).

Isto posto, destaca-se que a previsão constitucional de “separação de Poderes” visa evitar o arbítrio e a afronta aos direitos fundamentais, através da divisão de poderes, independentes e harmônicos, segundo o critério funcional, e criação de “mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito” (MORAES, 2003, p. 72).

Ainda assim, essa separação de poderes, ou separação de funções^[3], não é absoluta, dado que deve ser tida amoldando-se aos demais princípios constitucionais (FISCHER, 2002, p. 30). Pois, não há “Estado democrático de direito, sem que hajam Poderes de Estado, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização, a perpetuidade e a efetividade desses requisitos” (MORAES, 2003, p. 73), sendo a jurisdição constitucional fundamental a manutenção deste.

Destarte, extrai-se que deve o Poder Judiciário ponderar sobre os limites de sua atuação caso a caso, para não violar o “mínimo irreduzível” disposto na própria Constituição (FISCHER, 2002, p. 33). Tendo a jurisdição constitucional limites

advindos de uma interpretação constitucional, assim como sua legitimidade, a fim de preservar a força normativa da Constituição.

4. CASO BRASILEIRO

Sendo a Constituição Federal a norteadora de toda atuação estatal, garantia de vinculação e proteção dos direitos fundamentais, da democracia e da legitimidade do Estado, é evidente que deve ser tutelada e observada por todos os Poderes estatais; mas o próprio texto constitucional optou por “confiar a sua guarda e tutela, especialmente, ao Poder Judiciário e, notadamente, ao Supremo Tribunal Federal.” (FISCHER, 2002, p. 10).

Desse modo, a justiça constitucional na experiência brasileira se dá pela jurisdição constitucional exercida por todos os juízes e tribunais, sendo o Supremo Tribunal Federal (STF) o órgão máximo do Poder Judiciário (BARROSO, 2014, p. 3), devendo essa Corte garantir a realização da força normativa da Constituição Federal e o satisfatório cumprimento dessa norma fundamental pelo Poder Público, assegurando o Estado Social e Democrático de Direito e seus propósitos.

Apesar de todos as instâncias do Poder Judiciário estarem entrelaçadas ao dever de guardar a Constituição e exercer, em certa medida, a jurisdição constitucional, vê-se que é o STF o principal órgão a exercer a jurisdição constitucional no Brasil, haja vista não estar subordinado aos demais órgãos do Estado e dever obediência somente a Constituição Federal (MORAES, 2003, p. 214), sendo essa concentração alvo de críticas quanto a seu caráter democrático, conforme já aludido neste trabalho.

Também como já citado anteriormente, essa instância, que dentro de uma sociedade plural e regida pelo princípio democrático deve ser neutra, imparcial e garantir a força hierárquica da Constituição e a proteção aos direitos fundamentais, não é exclusivamente, como no modelo europeu, uma Corte Constitucional (BONAVIDES, 2004, não p.), pois exerce outras atribuições constitucionais que se somam à sua atuação jurisdicional constitucional.

É importante destacar que agregam essa crítica à jurisdição constitucional no Brasil teorias que confundem a compreensão de Constituição e do papel da jurisdição constitucional, através da divisão entre ‘jurisdição constitucional’ e ‘jurisdição ordinária’, evidenciando a fragilidade da jurisdição constitucional no ordenamento brasileiro (STRECK, 2002, p. 28). Pois essas teorias limitam a competência da jurisdição constitucional e enfraquecem sua atuação de controle negativo na defesa dos preceitos constitucionais.

É notório também que o Supremo Tribunal Federal sofre críticas quanto ao seu possível caráter político, uma vez que seus membros são indicados pelo Presidente da República, e, diz-se que essa indicação diminui seu caráter democrático na mesma medida em que possibilita interferências políticas em sua atuação jurisdicional, comprometendo a imparcialidade e independência dos magistrados constitucionais (BONAVIDES, 2004, não p.).

Entretanto, apesar de essas críticas terem fundamentos e, muitas vezes, infelizmente, aparentarem genuinidade, não alteram a importante atribuição que esse órgão exerce no Estado brasileiro na proteção dos direitos fundamentais e demais objetivos do Estado.

O Supremo Tribunal Federal verifica a constitucionalidade das disposições infraconstitucionais, podendo, para isso, realizar uma interpretação restritiva dos princípios e direitos constitucionais concernentes ao caso em análise, adotando, assim, “uma postura de cunho eminentemente *jurisdicional*” sem abranger em sua atuação a função social, deixando as questões de “tensão social” sem resposta; ou pode priorizar por exercer sua atividade de forma mais expansiva, em análise mais abrangente de seu papel constitucional, “levando a uma atuação de cunho *político constitucional*, de forma a dar uma resposta para o problema que os órgãos democraticamente eleitos não conseguiram obter de forma satisfatória” (BAEZ; MOZETIC, 2014, p. 52-53).

Diante disso, ao atuar de forma mais abrangente exercitando uma feição mais política, a jurisdição constitucional estaria, do ponto de vista adotado por este trabalho, exercendo sua competência constitucionalmente determinada de forma mais condizente com a Constituição Federal de 1988 e com o Estado Social e Democrático de Direito, haja vista que para o Estado brasileiro o papel social dos Poderes é relevantemente presente no texto constitucional.

Apesar de reverenciar a respeitável contribuição de Ronald Dworkin quanto à fundamentação das decisões judiciais, conforme aludida no tópico anterior deste trabalho, é manifesto que este pensamento não pode ser aplicado de forma integral na realidade do ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira ressalva que se faz com relação a teoria de Dworkin, levando em conta o Estado brasileiro, é que sua obra foi desenvolvida analisando a estrutura jurídica da Common Law, principalmente Estados Unidos e Grã-Bretanha, e no Brasil se adota a estrutura jurídica da Civil Law.

Ademais, Dworkin em sua obra pondera particularmente explicando e justificando um modelo jurídico-político que tem os direitos individuais como ponto

central (FISCHER, 2002, p. 41), portanto os argumentos de política – os que estabelecem um objetivo a ser alcançado, normalmente uma melhoria em algum aspecto da comunidade – não legitimam as decisões judiciais, enquanto as decisões baseadas em princípios – padrão a ser observado para garantir a moralidade – mostram-se legítimas.

Mas no Brasil, Estado Social e Democrático de Direito, argumentos de política também são argumentos de princípio, “pois uma decisão baseada no *bem estar social* pode ser tão válida quanto uma outra, apoiada em um direito individual”, pois a Constituição Federal ao adotar como modelo o Estado Social e Democrático de Direito adere até quatro dimensões de direitos, não limitando-se aos direitos individuais, sendo que essas diferentes dimensões de direitos podem até mesmo entrar em conflito (FISCHER, 2002, p. 41).

Entretanto, deve-se levar em conta que a jurisdição constitucional não pode decidir levando em conta o interesse político de alguma esfera específica da sociedade, devendo decidir sempre baseada na Constituição Federal e em seus postulados, não ultrapassando seus limites (FISCHER, 2002, p. 44), mas decidir considerando a realização do projeto social previsto constitucionalmente.

Também, mesmo que socialmente se espere e até se exija uma atuação mais abrangente da jurisdição constitucional brasileira no esforço para concretização dos direitos e princípios constitucionais, a Constituição Federal ao indicar em diversas passagens de seu texto a necessária intervenção da jurisdição constitucional, não incentiva o ativismo judicial, mesmo colocando o Poder Judiciário em papel de destaque para a conquista dos objetivos do Estado, portanto suas decisões não podem ser agudamente discricionárias (BAEZ; MOZETIC, 2014, p. 60).

Em uma leitura diferenciada, Vera Karam de CHUEIRI e Joanna Maria de Araújo SAMPAIO (2012, p. 380), ao discorrer sobre Ronald Dworkin, afirmam que o argumento de política justifica a decisão que protege um objetivo coletivo da comunidade e o argumento de princípio justifica uma decisão política que garante um direito fundamental individual ou de grupo. Mas declara que a concepção de Estado Democrático de Direito para Dworkin estaria centrada nos direitos dos cidadãos, assegurando esses direitos entre si e perante o Estado (CHUEIRI; SAMPAIO, 2012, p. 381-382); portanto mesmo que em leitura um pouco diferenciada à adotada neste trabalho, concordam com o papel da jurisdição constitucional no Estado brasileiro.

Entretanto, apesar de não concordarmos, na visão adotada neste trabalho, com a aplicação da teoria de Dworkin sobre os argumentos das decisões judiciais no

constitucionalismo do Estado brasileiro, concordamos com sua teorização quanto a integridade, pois a exigência de que as leis sejam coerentes com a moral da comunidade e que as decisões judiciais devem analisar as leis também tendo como partida sua coerência moral[4], está de acordo com a visão da Constituição Federal do Brasil.

De mais a mais, a despeito de todas as críticas feitas ao Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto BARROSO (2014, p. 46), proclama que circunstâncias diversas destacaram o papel representativo desse órgão e através de “um olhar reconstrutivo sobre a jurisprudência e a própria postura da Corte” é possível concluir que ela tem desenvolvido percepção de si mesma como “representante da soberania popular” nas decisões soberanas fundamentadas na Constituição, “difundidas por meio de um sentimento constitucional que, venturosamente, se irradiou pela sociedade como um todo”.

Além disso, muito se fala a respeito da atuação contramajoritária do STF. Vera Karam de CHUEIRI e Joanna Maria de Araújo SAMPAIO (2012, p. p. 388-389) alegam que Dworkin reconhece a atuação contramajoritária da jurisdição e que isso determina sua limitação aos argumentos de princípios, pois “deve agir dentro dos limites dos princípios estabelecidos pela comunidade de princípios”.

Em se tratando da jurisdição constitucional e do papel do Supremo Tribunal Federal no Estado brasileiro, destaca-se que este é “proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático” e que *eventual* atuação contramajoritária da jurisdição constitucional em defesa dos postulados da Constituição Federal deve ser a favor da democracia (BARROSO, 2014, p. 14).

Destarte, a jurisdição constitucional não é puramente contramajoritária, pois se fosse “teria por função proteger a vontade da minoria contra as decisões tomadas por um grupo político majoritário” (FISCHER, 2002, p. 43-44), portanto ela tem um caráter contramajoritário ligada a sua representatividade, mas não tem sua atuação limitada a essa característica, mas sim adstrita aos propósitos constitucionais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A jurisdição constitucional é instrumento de efetivação da força normativa e hierárquica da Constituição Federal apresentada pelo próprio texto constitucional.

Ao assumir o controle dos atos do Poder Legislativo e do Poder executivo a fim de assegurar o cumprimento dos preceitos estabelecidos pelo Estado Social e

Democrático de Direito e aproximar a norma da realidade a fim de alcançar os objetivos desse Estado, a atuação do Poder Judiciário gera diversas críticas.

Evidencia-se que as críticas quanto ao exercício da jurisdição constitucional têm origem na inexistência de limitação expressa na Constituição no que se refere a sua atuação. Entretanto, a jurisdição constitucional encontra seus limites através da mesma interpretação constitucional sistemática que elucida sua legitimidade.

O objeto e a competência da jurisdição constitucional, nada obstante existam algumas determinações no texto constitucional, também só se encontram, em sua devida extensão, através de interpretação constitucional, pois a atuação dessa jurisdição é muito mais a fim de possibilitar o alcance dos objetivos estatais, do que a simples análise da legalidade.

O Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo do Poder Judiciário e maior guardião da Constituição Federal, é a Corte que exerce a função de jurisdição constitucional de forma mais inequívoca. Através de sua independência é que se verifica uma real ponderação quanto às decisões de natureza constitucional, estatal e social.

Levando-se em conta o que foi observado é manifesta a característica social da jurisdição constitucional na impulsão e preservação do Estado Social e Democrático de Direito e, principalmente, seus preceitos constitucionais.

REFERÊNCIAS

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinícius Almada. Teorias da justiça no âmbito da efetividade dos direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 16, n. 16, p. 48-69, jul./dez. 2014.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Jurisdição Constitucional: A tênue fronteira entre o Direito e a Política. **Migalhas**, 05 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI194782,51045-Jurisdicao+Constitucional+A+tenu+fronteira+entre+o+Direito+e+a>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, maio/ago. 2004.

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200007&script=sci_arttext>. Acesso em: 18 ago. 2017.

CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, Integridade e Decisões Judiciais. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, v. 16, n. 23, p. 367-391, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FISCHER, Octávio Campos. **A manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade e alguns reflexos no direito tributário**. 2002. 250 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2002.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais; garantia suprema da Constituição**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

NOTAS:

[¹] Além desta, Ronald Dworkin traz mais uma importante contribuição: a distinção entre dois tipos de argumentos políticos dos quais juízes podem valer-se para tomar decisões: “argumentos de princípio político, que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais, e argumentos de procedimento político, que exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público”. Ver: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

[²] “[...] Para mantê-lo na República democrática, só pode ser levado razoavelmente em conta, dentre esses diferentes significados, aquele que a expressão "divisão dos poderes" traduz melhor que a de separação, isto é, a idéia da repartição do poder entre diferentes órgãos, não tanto para isolá-los reciprocamente quanto para permitir um controle recíproco de uns sobre os outros. E isso não apenas para impedir a concentração de um poder excessivo nas mãos de um só órgão - concentração que seria perigosa para a democracia mas também para garantir a regularidade do funcionamento dos diferentes órgãos. Mas então a instituição da jurisdição constitucional não se acha de forma alguma em contradição com o

princípio da separação dos poderes; ao contrário, é uma afirmação dele. A questão de saber se o órgão chamado a anular as leis inconstitucionais pode ser um tribunal é, por conseguinte, desprovida de importância". KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 151-152.

[3] A esse respeito, ver: FISCHER, Octávio Campos. **A manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade e alguns reflexos no direito tributário**. 2002. 250 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2002, p. 30.

[4] "A integridade política de Dworkin se divide em dois princípios: o legislativo, que consiste na exigência de que as leis sejam, na medida do possível, coerentes com a moral da comunidade; e o jurisdicional, que consiste na exigência de que as decisões judiciais tentem analisar as leis como sendo moralmente coerentes." CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, Integridade e Decisões Judiciais. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, v. 16, n. 23, p. 367-391, 2012, p. 386.

NATUREZA JURÍDICA DO VÍCIO DECORRENTE DO “CASAMENTO INFANTIL”

RAPHAEL WIDER: Formado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), após atuar como advogado pleno no setor contencioso estratégico do escritório Siqueira Castro Adv. busquei a advocacia autônoma para me dedicar, em paralelo, ao estudo para concursos públicos. Pós-graduação em Direito Privado pela Univ. Gama Filho. Atuação como advogado majoritariamente na seara cível.

RESUMO: “casamento infantil” – assim denominado o matrimônio envolvendo menor(es) de dezesseis anos – sempre foi admitido no Brasil em caráter excepcional. Nada obstante, na prática, era situação observada costumeiramente, sobretudo quando as menores eram as mulheres. A lei 13.811/2019 veio tentar alterar essa realidade, proibindo em absoluto o casamento envolvendo menores de dezesseis anos. Entretanto, restou omissa ao não tratar de inúmeros dispositivos que também regiam a matéria e que restaram inalterados. O presente artigo se presta a aferir a necessidade de alteração ou revogação tácita desses dispositivos, analisando de forma mais profunda o vício decorrente do “casamento infantil” consoante o ordenamento ora vigente.

PALAVRAS-CHAVE: Casamento infantil; Lei 13.811/2019; Invalidade; Nulidade.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. CAPÍTULO 1 – NOMENCLATURA E DEFINIÇÃO. CAPÍTULO 2 – CASAMENTO INFANTIL. REALIDADE PRÁTICA E EFEITOS DEVASTADORES. CAPÍTULO 3 – A LEI 13.811/2019. ACERTOS E DESACERTOS. 3.1. INVALIDADE DECORRENTE DA VEDAÇÃO LEGAL AO CASAMENTO INFANTIL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo traz considerações sobre a vedação absoluta ao matrimônio envolvendo menores de dezesseis anos, operada pela lei nº 13.811/2019, em contraposição à realidade prática verificada no Brasil, um dos países com maior taxa de matrimônios envolvendo menores de idade segundo a ONU.

Partimos dessa alteração legislativa pontual para analisar a necessidade de mudança/revogação tácita de outros dispositivos do código civil que tratam da mesma matéria e, mais precisamente, na natureza do vício decorrente da prática

daquele matrimônio após a alteração legislativa que o tornou absolutamente ilegal, tudo a fim de garantir a proteção devida aos menores envolvidos.

CAPÍTULO 1 – NOMENCLATURA E DEFINIÇÃO

Até o advento da lei 13.811, publicada em 12 de março de 2019, o ordenamento jurídico pátrio admitia – melhor dizendo, tolerava – o chamado “casamento infantil”, contraído quando um dos cônjuges ainda não atingira a idade núbil de 16 anos^[1].

Uma nota faz-se desde logo necessária no tocante à nomenclatura utilizada: o termo “casamento infantil” não é tecnicamente apropriado ao instituto em análise.

Cediço que todos com idade superior a 12 anos já não são mais taxados de “crianças” e sim como adolescentes, na forma da lei^[2]. Poder-se-ia, então, denominar o instituto “casamento infanto-juvenil”.

Todavia, fato é que menores com idade entre dezesseis e dezoito anos são ainda adolescentes. E o casamento contraído por estes é admitido por lei, exigindo-se apenas a autorização dos representantes legais ou suprimento judicial.

Em verdade, a diferença entre menores e maiores de dezesseis anos se funda precipuamente na capacidade civil, sendo aqueles absolutamente incapazes^[3] e estes relativamente capazes^[4]. Então, talvez a nomenclatura mais precisa fosse “casamento envolvendo absolutamente incapaz” ao invés de “casamento infantil”.

Entretanto, preferimos prosseguir com a expressão já consagrada – “casamento infantil” – mormente porquanto, além de adotada pela doutrina e pela própria lei ora analisada, a nomenclatura traz um maior impacto negativo para o leitor, sendo certo que o que se pretende aqui é buscar a extinção definitiva de tal realidade no Brasil.

Pois bem. Prossigamos.

CAPÍTULO 2 – CASAMENTO INFANTIL. REALIDADE PRÁTICA E EFEITOS PREJUDICIAIS

O Código Civil pátrio, em seu artigo 1.520, autorizava o matrimônio contraído por um ou ambos os consortes com idade inferior a dezesseis anos, quando (i) para evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal, ou ainda, (ii) em caso de gravidez. Fora dessas hipóteses excepcionais, o ato^[5] era inválido, anulável.

E já à época, tal norma gerava divergências. Discutia-se se o casamento seria admissível caso a gravidez fosse da menor de dezesseis anos ou se também possível

quando o menor de dezesseis fosse o pai, ainda que a consorte grávida já tivesse idade núbil.

Vê-se, pois, que o “casamento infantil” jamais foi pacífico no Brasil, mas, como se disse, apenas tolerado em hipóteses excepcionáíssimas.

A rejeição cada vez maior ao instituto decorre, decerto, da própria evolução da sociedade. Se outrora era “comum” o casamento entre pessoas de mais tenra idade – sobretudo mulheres (meninas), prometidas quando ainda crianças e que contraíam núpcias muitas vezes até de modo forçado com homens bem mais velhos – com o passar do tempo e evolução de ideologias, o abandono da noção patriarcal de família foi natural, passando o matrimônio a ser algo próprio de pessoas mais maduras.

Com efeito, pesquisas sugerem que menores de 18 anos geralmente são jovens demais para transições sexuais, conjugais e reprodutivas. Casar-se nesta tenra idade pode ainda ter outros grandes impactos negativos para as jovens e seus filhos. A título de exemplo, o casamento precoce reduz a probabilidade de conclusão do ensino médio, que em muitos países é aos 18 anos de idade. Além disso, considera-se que, com menos de 18 anos, os jovens não adquiriram a capacidade — nem a maturidade — para consentir livre e plenamente ao casamento.

A gravidade da situação torna-se ainda mais evidente em países como o Brasil, que comporta as mais diferentes realidades sociais dentro de seu vasto território. Em 2017, nosso país infelizmente já ocupava o quarto lugar no ranking global de casamentos infantis, sendo o primeiro colocado em toda a América Latina, conforme levantamento do Banco Mundial[6]. Já em 2019, a Organização das Nações Unidas apurou que, no território brasileiro, 36% da população feminina ainda se casava antes dos 18 anos de idade^[7], não apenas em municípios mais longínquos e rurais, onde a realidade patriarcal é severa, mas também nas zonas urbanas.

CAPÍTULO 3 – A LEI 13.811/2019. ACERTOS E DESACERTOS

Vindo ao encontro da evolução social e na busca de extinguir a realidade retro descrita, a lei 13.811 de 2019 houve por bem proibir, em absoluto, o casamento envolvendo menores de 16 (dezesseis) anos de idade. Conferiu, para tanto, nova redação ao art. 1.520 do Código Civil, suprimindo quaisquer exceções legais permissivas. Veja-se:

Art. 1º O art. 1.520 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com a seguinte redação:

“ Art. 1.520. Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código.” (NR)

Porém, em que pese seu intento louvável, a citada legislatura andou mal ao limitar-se à alteração apenas do sobredito dispositivo legal. Deixou de abordar de modo expresso diversos outros enunciados conexos, e que também dispunham de algum modo sobre o “casamento infantil”. Fez gerar, assim, algumas divergências consideráveis.

Certo é que alguns dispositivos, mesmo não arrolados de forma expressa pela novel legislatura, tiveram sua validade incontestavelmente afetada, posto que incompatíveis com a nova redação dada ao artigo 1.517. É o caso do art. 1551 do Código Civil, que impedia a anulação de “casamentos infantis” realizados por motivo de gravidez. Da mesma forma o art. 1.553 do mesmo diploma, que permitia a posterior confirmação do casamento contraído por aquele que não atingira a idade núbil.

Com efeito, se o casamento de menores de 16 (dezesseis) anos hoje não é mais permitido em nenhuma hipótese, evidente que este não mais poderá ser considerado válido de modo algum. E tampouco poderá ser posteriormente confirmado. Decerto que tais dispositivos restaram revogados a teor do que dispõe o art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro[8], ainda que de forma tácita, a reboque da vedação inserida no art. 1.520 do código civil.

Outros efeitos da citada lei 13.811/2019, porém, restam inconclusivos diante da omissão do Legislador. E isto porque aquela não tocou em quaisquer dos dispositivos que tratam dos vícios decorrentes do casamento contraído por absolutamente incapazes, a saber, arts. 1.550, inciso I; art. 1.551; 1.552; 1.553; e 1.556, §1º, todos do código civil.

Resta assim analisar se tal omissão decorreu da vontade do legislador em manter os efeitos já anteriormente previstos em lei, mesmo após a vedação ao casamento infantil (“silêncio eloquente”), ou se houve verdadeira omissão involuntária.

A nosso sentir, é forçoso concluir pelo equívoco legislativo quanto à omissão, como passaremos a expor.

3.1 – INVALIDADE DECORRENTE DA VEDAÇÃO LEGAL AO CASAMENTO INFANTIL

Infere-se dos citados dispositivos de lei, e mais precisamente dos art. 1.550, inciso I, e art. 1552, ambos do código civil, que o casamento contraído por quem ainda não atingira a idade núbil, mesmo fora das hipóteses permissivas, seria anulável. Veja-se, em textual:

Art. 1.550. É anulável o casamento:

I – de quem não completou a idade mínima para casar.

Art. 1.552. A anulação dos menores de dezesseis anos será requerida:

I – pelo próprio cônjuge menor;

II – por seus representantes legais;

III – por seus ascendentes.

Tratar-se-ia, pois, de um ato passível de ser sanado pela inércia das partes interessadas (caso não suscitasse o vício no prazo prescricional de três anos[9]) ou confirmado como se disse anteriormente, um vez que alijado de vício de interesse unicamente privado. Tanto o é que o rol de interessados no apontamento da invalidade era deveras restrito.

E esta realidade, *data venia*, não pode prevalecer na atualidade.

Porém, para melhor adentrar aos motivos do posicionamento aqui adotado, releva antes tecer brevíssimas considerações entre atos nulos e anuláveis.

Como bem sabido, nulidade e anulabilidade situam-se no campo da validade dos atos jurídicos, diferenciando-se precipuamente no tocante ao interesse envolvido e na possibilidade ou não de o vício ser sanado.

Enquanto nulidades violam interesses público e privado, anulabilidades envolvem tão somente interesses de ordem privada. Por sua maior gravidade, nulidades não convalidam no tempo, podendo ser suscitadas e reconhecidas a qualquer tempo, enquanto as anulabilidades, presumidamente menos graves, são passíveis de convalidação caso não suscitadas tempestivamente.

Ambos os referidos vícios de validade são tratados tanto na parte geral do código civil, no capítulo atinente às invalidades dos negócios jurídicos (arts. 166 a 184), como, de forma especial, no tocante aos diferentes negócios jurídicos típicos e,

ainda, de modo mais peculiar – e muitas vezes diverso da parte geral – na parte atinente ao direito de família.

Nesse contexto, e notadamente no que diz respeito ao “casamento infantil”, o direito de família dispunha de modo diverso da parte geral^[10], posto que tratava como meramente anulável aquele matrimônio (art. 1.550, I, do CC) ainda que contraído fora das hipóteses permissivas. Permitia, assim, a convalidação e até mesmo a confirmação daquele ato (art. 1553 do CC), além de restringir o rol dos aptos a suscitar a invalidade (art. 1.552, do CC), como já observado.

Assim dispondo, a lei civil prestigiava unicamente a vontade das partes envolvidas, ainda que absolutamente incapazes, tratando a questão como de interesse eminentemente privado. Por via de consequência, acabava por minorar a proteção ao(s) menor(es) envolvido(s).

Ao proibir em absoluto matrimônio contraídos por absolutamente incapazes, a lei 13.811/2019 demonstrou que a inadmissibilidade do ato em questão não interessa apenas às partes envolvidas, mas a toda a sociedade, que deve garantir a crianças e adolescentes que não ingressem na vida adulta, com as responsabilidades e obrigações a ela inerentes, de modo apressado e prematuro.

E de outro modo não poderia sê-lo. Estudos realizados pelo Banco Mundial demonstram que o casamento e a gravidez precoces têm efeitos negativos profundos para o menor, sobretudo para as mulheres: maiores riscos para a saúde, menor escolaridade, renda mais baixa na idade adulta e maior número de filhos, os quais contribuem para pobreza, menor autonomia e menor capacidade de decisão no lar, além de maiores riscos de violência doméstica. E impacto não se restringe apenas aos consortes; alcança também seus descendentes. Crianças geradas por mães muito jovens apresentam riscos mais elevados de mortalidade antes dos cinco anos e desnutrição, acarretando também possíveis consequências negativas durante a vida adulta^[11].

Nessa toada, impositivo concluir que o matrimônio infantil não dá causa a mero vício de anulabilidade, sanável, mas sim a uma nulidade insanável, de interesse público – interpretação que traz maior coerência ao ordenamento civil como um todo, na medida em que alia o direito de família à parte geral, garantindo, como se disse, maior proteção ao(s) incapaz(es) envolvido(s) – finalidade precípua da seara das invalidades legais relacionada à menoridade civil. Observa-se, outrossim, a própria diretriz de proteção integral insculpida no art. 227 da Constituição Federal e pormenorizada no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com efeito, a sobredita doutrina de proteção integral prega que, em determinadas situações, é preciso sobrepujar a própria vontade da criança quando se tem em vista a proteção desta em último grau. Em outras palavras, se o menor deseja praticar ato que lhe acarretará algum prejuízo, caberá ao Estado proibir-lhe a prática, ainda que contra a vontade do infante.

Cediço que o matrimônio espelha emanção do próprio direito da personalidade dos consortes que desejam unir-se perante a sociedade e constituir família. Tal emanção, porém, *in casu*, contrapõe-se à necessidade de proteção daqueles que ainda não são aptos a tomar decisões de tamanha grandeza em fase precoce de vida, sobretudo quando estas decisões são aptas a acarretar consequências tão danosas, como demonstrado.

Por outro lado, veja-se, a invalidade absoluta do casamento infantil não traz qualquer prejuízo ao menor que realmente desejar unir-se em matrimônio, bastando que aguarde alcançar a idade núbil para se casar de modo válido e eficaz.

CONCLUSÃO

Destarte, por todo o exposto, infere-se que a partir do advento da lei 13.811, de 12 de março de 2019, e da alteração por ela inserida no ordenamento, é forçoso concluir pela revogação tácita de todos os dispositivos que afirmam a anulabilidade decorrente do casamento contraído por aquele que ainda não atingiu a idade núbil.

Deve-se concluir pela absoluta nulidade do instituto em análise, aplicando-se ao caso, por conseguinte, as normas já previstas na parte geral do código civil, tudo de modo a garantir a coerência do ordenamento, respeitar a intenção da norma alteradora e, em ultima ratio, majorar a proteção aos absolutamente incapazes envolvidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ONU NEWS *in* AGÊNCIA BRASIL. **Brasil é o quarto país no ranking global de casamento infantil**. Publ. mar. 2017. Disponível em:

<<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-03/brasil-e-quarto-pais-no-ranking-global-de-casamento-infantil>>

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Casamento infantil – o que falta para erradicar essa prática**. Publ. julh. 2019. Disponível em:

<<https://nacoesunidas.org/artigo-casamento-infantil-o-que-falta-para-erradicar-essa-pratica>>

NOTAS:

^[1] A idade núbil é fixada no art. 1517 do Código Civil, que assim dispõe, *verbis*: “O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil”.

^[2] Art. 2º da lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente): “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

^[3] Art. 3º do Código Civil: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”.

^[4] Art4º do Código Civil: “São incapazes, relativamente, a certos atos ou à maneira de os exercer: (...) I – os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos”.

^[5] A expressão “ato” é aqui utilizada em seu sentido lato – fato jurídico que decorre da vontade humana – posto que não pretendemos adentrar, desse artigo, na discussão acerca da natureza jurídica do matrimônio, se um contrato, um negócio jurídico não contratual, ou uma instituição social.

[6] ONU NEWS *in* AGÊNCIA BRASIL. **Brasil é o quarto país no ranking global de casamento infantil.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-03/brasil-e-quarto-pais-no-ranking-global-de-casamento-infantil>

[7] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Casamento infantil – o que falta para erradicar essa prática.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-casamento-infantil-o-que-falta-para-erradicar-essa-pratica>

[8] Art. 2º. *Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.*

§1º *A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.*

[9] Art. 1.560 do CC. *O prazo para ser intentada a ação de anulação do casamento, a contar da data da celebração, é de:*

(...)

III – três anos, no caso dos incisos I a IV do art. 1.557;

^[10] Em sua parte geral, o código civil taxa como “nulos” quaisquer negócios jurídicos celebrados por absolutamente incapazes (art. 166, inciso I).

[11] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Casamento infantil – o que falta para erradicar essa prática.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-casamento-infantil-o-que-falta-para-erradicar-essa-pratica>

INOVAÇÃO DE SANÇÃO AO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL

VICTOR WERNECK GOMES: Advogado; Bacharel em Direito (PUCMINAS), Pós-Graduado em Direito Público (PUCMINAS) e Direito Processual Civil (Universidade Candido Mendes); Mestrando em Direito (Universidade FUMEC).

RESUMO: O presente artigo pretende explicitar as nuances do princípio da cooperação (ou da colaboração), previsto no inovador Código de Processo Civil de 2015. O destacado princípio é uma ideia moderna de direito, onde diz respeito ao fato das partes e o juiz, cooperarem para um melhor andamento processual, auxiliando-se entre si para se buscar o melhor resultado. O motivo de tal análise se descarrega na falta de legislação em possibilidades existentes de sanções para as situações de dever de cooperação não ser observada no referido Código de Processo Civil. Desta forma, serão abordadas as devidas explicações sobre o princípio da cooperação processual, para depois serem abordadas as possíveis lacuna de sanções aos deveres das partes de cooperarem na relação processual e possíveis mudanças. Se busca ao final determinar se seriam necessárias as devidas inovações ao Direito Processual Civil Brasileiro.

Palavras-Chave: Direito Processual Civil, Princípio da Cooperação, Princípio da Colaboração, Sanções Processuais.

ABSTRACT: This article intends to clarify the nuances of the principle of cooperation (or collaboration), as provided for in the innovative Code of Civil Procedure 2015. The outstanding principle is a modern idea of law, where it concerns the fact that the parties and the judge cooperate to better procedural progress, helping each other to seek the best outcome. The reason for such an analysis is due to the lack of legislation on existing possibilities of sanctions for situations of duty of cooperation not to be observed in the said Code of Civil Procedure. In this way, due explanations on the principle of procedural cooperation will be addressed, and then the possible gap of sanctions to the parties' duties to cooperate in the procedural relationship and possible changes will be addressed. The aim is to determine if the necessary innovations to Brazilian Civil Procedural Law would be necessary.

Keywords: Civil Procedural Law, Principle of Cooperation, Principle of Collaboration, Procedural Sanctions.

Sumário: *Introdução – 1. Princípio da cooperação processual; 1.1 Origem do princípio da cooperação processual; 1.2 Limites da cooperação processual; 1.3*

Vontade entre as partes; 2. A figura da sanção no princípio da cooperação processual; 3. Conclusão; Referências.

Introdução

O Direito Processual Civil sofreu grandes modificações nos últimos anos pelo advento do Novo Código de Processo Civil. Dentre inúmeras modificações positivas, uma delas é a novidade do princípio da cooperação processual.

Porém, apesar de ser uma alteração positiva, o princípio da cooperação ainda detém alguns pontos que poderiam ser modificados, como o fato do paradoxo em se haver uma sanção no caso da "cooperação" prevista no princípio não for cumprida entre os envolvidos no processo, afinal, a partir do momento que se considera os deveres previsto no princípio, se imagina uma sanção para a situação processual, mas pode não ser o caso.

De acordo com estes pontos, o presente trabalho pretende demonstrar primeiramente as questões iniciais do princípio da cooperação, como o seu conceito e a sua base legal, para depois adentrar em uma referida possível mudança no tema em questão, especificamente nas sanções pelo não cumprimento ao referido princípio da colaboração.

Uma visão moderna para o Direito Processual Civil é a ideia de boa-fé aliada ao princípio da colaboração, que quebra a ideia de que uma parte pode agir no processo de forma egoísta, fazendo o que for possível para o que direito desta seja reconhecido, não tendo nenhum limite para buscar o sucesso de sua tutela jurisdicional.

1. Princípio da cooperação processual

O princípio da cooperação processual surge em uma visão moderna para estruturar o Direito Processual Civil, se aliando em alguns princípios, como o princípio da boa-fé processual, do devido processo legal e do contraditório. A previsão expressa desta princípio está no Art. 6º do Código De Processo Civil de 2015[1]: "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

1.1 Origem do princípio da cooperação processual

É apontado por diversos autores que o Direito brasileiro se adaptou ao Direito estrangeiro para surgir a figura do princípio da cooperação, como narra Elpídio Donizetti[2]:

A doutrina brasileira importou do Direito europeu o princípio da cooperação (ou da colaboração), segundo o qual o processo seria o produto da atividade cooperativa triangular (entre o juiz e as partes). A moderna concepção processual exige um juiz ativo no centro da controvérsia e a participação ativa das partes, por meio da efetivação do caráter isonômico entre os sujeitos do processo.

Reiterando a importação desta novidade do Código de Processo Civil, Humberto Theodoro Jr[3], demonstra que no Código de Processo Civil de Portugal, de 2013, já estava prevista a temática da cooperação entre as partes e o juiz no âmbito processual:

Dispositivo similar consta do Código de Processo Civil de Portugal, de 2013: "Art. 7º- 1- Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os 152/1774 mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio".

Sendo assim, não necessariamente o Direito brasileiro têm a idêntica aplicação do princípio de todos os países, mas a base da ideia do mesmo é semelhante entre todos que o aplicam.

Avançando nesta linha, Fredie Didier Jr[4], analisa o surgimento do princípio da cooperação processual:

Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual, do contraditório e do respeito ao autorregramento da vontade no processo, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação. O princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro. O art. 6º do CPC o consagrou expressamente: "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva". Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. O contraditório é valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão

judicial, e não apenas como uma regra formal que deve ser observada para que a decisão seja válida. Não por acaso, o art. 10 do CPC, já examinado, proíbe a decisão surpresa, impondo ao órgão julgador o dever de consulta.

Desta forma, partindo do pressuposto que os sujeitos do processo devem cooperar entre si, a relação entre eles é formada de forma triangular, pois estes sujeitos são: a parte autora, ré e o juiz, caracterizando desta forma a figura do princípio da cooperação tem sua utilidade.

1.2 Limites da cooperação processual

Os limites da cooperação processual se equivalem em até aonde as partes devem cooperar entre si, sendo a previsão é que a cooperação seja praticada entre todos, como explica Cássio Scarpinella Bueno[5] sobre os limites da relação existente no princípio da cooperação:

Observação importante que merece ser feita é que a cooperação prevista no dispositivo em comento deve ser praticada por todos os sujeitos do processo. Não se trata, portanto, de envolvimento apenas entre as partes (autor e réu) e de seus procuradores, aí compreendidos também os membros da advocacia pública e da defensoria pública, mas também de eventuais terceiros intervenientes (em qualquer uma das diversas modalidades de intervenção de terceiros), do próprio magistrado, de auxiliares da Justiça e, evidentemente, do próprio Ministério Público quando atuar na qualidade de fiscal da ordem jurídica.

Humberto Theodoro Júnior[6] também clarificou sobre os limites do princípio da cooperação processual

(...) o princípio da cooperação tende a “transformar o processo civil numa comunidade de trabalho”, na qual se potencializa o franco diálogo entre todos os sujeitos processuais – partes, juiz e intervenientes – a fim de alcançar “a solução mais adequada e justa ao caso concreto”. A cooperação não se restringe à relação parte-juiz, tampouco se limita ao relacionamento entre as partes. Dela se extraem “deveres a serem cumpridos pelos juízes e pelas partes”, de sorte que, na verdade, deve haver “a cooperação das partes com o Tribunal, bem como a cooperação do Tribunal com as partes”. É certo que a atividade

das partes não se equipara totalmente à do juiz, pois, enquanto àquelas cabe a defesa de interesses particulares, a este toca definir, como autoridade, o litígio. Todavia, ainda que o faça como detentor do poder estatal, não pode ignorar ou desprezar a contribuição das partes no diálogo precedente ao julgamento da causa.

O princípio da cooperação diz respeito ao juiz cooperar com as partes e as partes cooperarem com o juiz. Não diz respeito entre uma parte e outra, e sim com um juiz. É uma cooperação triangular, que especificamente pode ser vertical, que acaba por não sendo horizontal, pois diz respeito as partes e o juiz, superior no processo.

Uma relação horizontal ocorre no princípio da boa fé entre as partes. O princípio da cooperação implica um dever do juiz conversar entre as partes, dialogar entre as partes, ter uma relação entre as partes para um melhor andamento do processo.

1.3 Vontade entre as partes

Dizendo a respeito da condução do processo e da vontade das partes, Fredie Didier Jr.[7] demonstra especificidades do princípio da autorregramento da vontade no tema:

A condução do processo deixa de ser determinada exclusivamente pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo", sem destaques para qualquer dos sujeitos processuais. Não por acaso, o CPC consagra o princípio do respeito ao autorregramento da vontade, já examinado, que claramente reequilibra as posições das partes e do juiz na divisão de tarefas processuais.

Fredie Didier Jr.[8], também explica de como funciona a relação entre as partes e o juiz, e a assimetria entre as partes:

No entanto, não há paridade no momento da decisão; as partes não decidem com o juiz; trata-se de função que lhe é exclusiva. Pode-se dizer que a decisão judicial é fruto da atividade processual em cooperação, é resultado das discussões travadas

ao longo de todo o arco do procedimento; a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação do poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional, e não pode ser minimizado. Neste momento, revela-se a necessária assimetria entre as posições das partes e a do órgão jurisdicional: a decisão jurisdicional é essencialmente um ato de poder.

Desta forma, as partes estão assimétricas entre si e a condução do processo não necessariamente depende da vontade das partes, onde a "condução cooperativa do processo" ocorre, independente de qualquer um dos sujeitos processuais.

2. A figura da sanção no princípio da cooperação processual

Observado que a decisão é exclusiva do órgão jurisdicional e as partes devem cooperar entre si com discussões na parte cognitiva do procedimento, resta analisar a parte na qual o presente artigo sugere inovação para a sanção neste princípio do Direito Processual Civil, que é na parte de possíveis sanções advindas do princípio da cooperação processual.

Primeiramente, a necessidade de inovação para o princípio diz a respeito da inevitável característica incoerente existente no Código de Processo Civil de não existir sanção para os deveres descritos relacionados para o princípio da cooperação processual.

Compactuando de mesma opinião, se faz necessário demonstrar o raciocínio de Daniel Amorim Assumpção Neves[9], que explica a falta de previsão de sanção para o princípio da cooperação:

No art. 6º do Novo CPC consagra-se o princípio da cooperação, passando exigir expressa previsão legal para que todos os sujeitos do processo cooperem si para que se obtenha a solução do processo com efetividade e em tempo razoável. Como o dispositivo prevê a cooperação como dever, é natural que o desrespeito gere alguma espécie de sanção, mas não há qualquer previsão nesse sentido no dispositivo ora analisado.

Salientando que, apesar de ser visto como dever, se demonstra fatalmente paradoxal a falta a sanção na previsão deste princípio, afinal deveres sugerem um compromisso que deveria haver consequência. O autor Fredie Didier Jr.[10] exemplifica especificamente sobre algumas das manifestações de deveres das partes:

Vejam algumas manifestações desses deveres em relação às partes: a) dever de esclarecimento: os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia; b) dever de lealdade: as partes não podem litigar de má-fé (arts. 79-81 do CPC), além de ter de observar o princípio da boa-fé processual (art. 5º, CPC); c) dever de proteção: a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, art. 77, VI, CPC; há a responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, arts. 520, I, e 776, CPC). (DIDIER JR., 2017, p.144)

Outros deveres, especificamente do magistrado, são devidamente clarificados por Cássio Scarpinella Bueno[11]:

O CPC de 2015 apresenta inúmeras aplicações concretas do princípio da cooperação naquelas quatro facetas, permitindo, com segurança, atestar que ele já implementou verdadeiro modelo de processo cooperativo. Assim, por exemplo, quando o magistrado antes de indeferir a inicial indica precisamente o que, no seu entender, macula aquele ato processual e deve ser corrigido sob pena de indeferimento (art. 321) – dever de esclarecimento; quando o juiz determina a prévia oitiva das partes para só depois decidir (art. 9º), ainda que se trate de matéria que ele deva apreciar de ofício (art. 10) – dever de consulta; quando o magistrado busca suprir a ausência de pressupostos processuais e, mais amplamente, de outros vícios que podem comprometer a prestação da tutela jurisdicional (arts. 139, IX, e 317), inclusive no âmbito recursal (art. 932, parágrafo único) – dever de prevenção; e no que diz respeito à modificação do ônus da prova diante dos pressupostos do art. 373, §§ 1º e 2º – dever de auxílio.

Passada a parte específica dos deveres entre as partes advindos do princípio da cooperação, é necessário novamente demonstrar que o dispositivo não prevê sanções específicas para as partes que não cooperarem entre si ou que não cumprirem aquilo na referida legislação.

O raciocínio onde existem deveres, mas ao mesmo tempo não se prevê a sanção acaba tornando a imputação como uma grande incoerência, afinal de contas, falta a conexão entre o dever e a sanção, para se realmente caracterizar como um dever de direito.

3. Conclusão

Diante da perspectiva apresentada no dispositivo legal e na doutrina, foi possível explicar as características do princípio da cooperação processual, demonstrando os deveres das partes e o que se espera da aplicação do dispositivo. A explicação foi necessária para se abordar por fim inovações no caráter de sanção ao dispositivo.

Foram exemplificados diferentes doutrinas, com o objetivo de demonstrar lacunas prevista na matéria e como foi explicado por Daniel Amorim Assumpção Neves, não há previsão de sanção aplicada quando a parte não realiza o dever de cooperar no processo.

Resta salientar, que os princípios do Direito Processual Civil são protagonistas no ordenamento jurídico brasileiro e deveriam ter explicitamente todo o tipo de previsão para o melhor andamento processual, mas não é o que ocorreu no dispositivo apresentado.

Sendo assim, é importante ressaltar por fim, que apesar do princípio da cooperação processual ser detentor de uma ideia moderna de Direito, a aplicação do mesmo no Código de Processo Civil necessita de alteração, de forma inquisitiva para ser possível se cobrar a atuação de ambas as partes cooperando entre si. Não é possível haver um dever para um sujeito processual, se o mesmo não tem uma sanção caso não observar o dever que lhe é direcionado. Infelizmente, o caráter sancionatório de um ordenamento é extremamente necessário para a eficiência do mesmo, e esta eficiência pode ficar por segundo plano se faltarem as devidas sanções expressas para o princípio estudado.

Referências

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 26 set. 2019.

BUENO, Cássio Scarpinella **Manual de direito processual civil : volume único** –4. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 19. ed. · Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil** - 20. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2017

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil e Volume único**. 9º Ed - Salvador. Ed. JusPodivm, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I** - 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NOTAS:

[1] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil.

[2] DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de direito processual civil, 2017. p. 40.

[3] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 2015. p. 152-153

[4] DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil, 2017. p. 141.

[5] BUENO, Cássio Scarpinella. Manual de direito processual civil, 2018. p. 140-141.

[6] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 2015. p. 154.

[7] DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil, 2017. p. 141.

[8] DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil, 2017. p. 142.

[9] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil, 2017. p.204-205.

[10] DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil, 2017. p. 144.

[11] BUENO, Cássio Scarpinella. Manual de direito processual civil, 2018. Pág. 140.

REFLEXÕES SOBRE A SOLIDÃO E A REALIDADE VIRTUAL COMO ARQUÉTIPO DE UMA NOVA SOCIEDADE

MARCOS ANTONIO DUARTE SILVA:

Doutorando em Ciência Criminal, Mestre em Filosofia do Direito e do Estado (PUC/SP), Especialista em Direito Penal e Processo Penal (Mackenzie/SP), Bacharel em teologia e direito, professor de Direito e pesquisador da CNPq.

CLAUDIA MARINA BARCASSE MORETTO

OSCAR FRANCISCO ALVES JÚNIOR

(autores)

Resumo: Os dias atuais têm reproduzido um arquétipo da sensação de não solidão, pela simples ideia virtual de uma companhia que não se reproduz materialmente, vivendo apenas a impressão de magnetismo que as redes sociais produzem; na tangência de impor além desta realidade distorcida há reprodução em sua essência da similaridade perigosa de ausência de solidão, perdendo o que de fato é estar junto; e perigosamente convergindo de uma ilusão do acompanhamento a distância; se dispor a estar na profundidade da angústia existencial de um fragmento eletrônico, em troca de sensações apenas mentais; a existência da possibilidade de convivência sem conviver, tem substituído a convivência; o estar não se faz mais magnânimo, o que se procura é apenas existir, sobre a égide de um simulacro existencial.

Palavras chaves: Solidão. Arquétipo. Realidade. Virtual. Existência.

Abstract: Nowadays it has reproduced an archetype of the feeling of not being alone, due to the simple virtual idea of a company that does not reproduce materially, living only the impression of magnetism that social networks produce; in the tangency of imposing beyond this distorted reality there is reproduction in its essence of the dangerous similarity of absence of loneliness, losing what it really is to be together; and dangerously converging from an illusion of distance monitoring; to be willing to be in the depth of the existential anguish of an electronic fragment, in exchange for only mental sensations; the existence of the possibility of living together without living together has replaced living together; being is no longer magnanimous, what is sought is just to exist, under the aegis of an existential simulacrum.

Key words: Solitude. Archetype. Reality. Virtual. Existence.

Sumário: Introdução; 1.O tangível contra o simulacro; 2.É possível tratar do que venha ser o real? 3.A realidade virtual como arquétipo contemporâneo; 4.A solidão; o isolamento como remédio a pandemia; Considerações Finais.

Introdução

A era da digitalização, da internet e das redes sociais, tem trazido à baila questões existenciais profundas, sendo hoje pesquisadas por estudiosos do comportamento humano e filósofos no labirinto existencial frequentado diariamente pelas pessoas que imitam, ou sentem de forma aleatória, a incrível sensação de estar acompanhado, quando estão absolutamente solitárias. Estes catalizadores de uma atenção irreal, têm provocado os mais variados surtos de imagem e prospecções falsas.

É natural nos dias presentes se imaginar e até estar envolvido através das redes de computadores, quando o que se tem é apenas a imagem do possível, porém, inominada solidão.

A pulsão da necessidade de companheirismo rompe a barreira do estar atravessando o córtex cerebral, proporcionando o devaneio de situações ainda não vivenciadas, e com isso, há uma imensa população aprendendo perigosamente a pseudo “arte de estar sozinho”, desprendendo-se de convivência social, comunitária e solidária.

Na prática o que se vai percebendo é o afastamento da humanidade no que diz respeito a um isolamento e, por fim, a ausência de qualquer contato humano. Por mais haver a existência do fascínio, da sensação de estar conectado com todos os outros países, poder estar conversando, ou buscando notícias ou informações dos mais distantes rincões, se pergunta, será este o caminho para a nova geração de seres humanos?

Na confrontação desta vivência virtual com a vivência real, se percebe mudanças drásticas na convivência de outros com os seus pares. Há o abandono do convívio positivo, para apenas a imagem, pelo som, pela transmissão e pelos “chats”, e todos os seus derivados que se antepõem como um novo paradigma, como a linguagem moderna, como a convivência possível.

No contexto desta ideia de forma sutil, surge uma mudança brusca, inevitável, e inegociável, a necessidade de isolamento, de distanciamento entre as pessoas, e pior, a solidão passa a ser a solução para quebrar o ciclo mortal de um vírus que se impõe sobre tudo e todos de forma grave, coletiva, e sem escolher nenhum critério de idade, etnia, cultura, formação acadêmica, ou qualquer outro critério distintivo,

todos absolutamente, ficam à mercê caprichosamente de uma iminente devastação. Ou a solidão, ou o perigo de contágio e possível morte; o isolamento, ou a quarentena num hospital para observação.

Frente ao interposto, surgem algumas indagações necessárias de serem respondidas mesmo que de forma retórica.

Há de fato a mínima possibilidade de uma troca de convivência do real pelo "on line"? É possível, sem prejuízo mental, o arquétipo do estar "on line", substituir o estar presente? Na contingência do necessário, se pode imaginar uma sociedade totalmente virtual, sem necessidade de convivência mínima?

1.O tangível contra o simulacro

Uma sociedade virtual é como uma ficção, na vida real, no mundo de seres humanos vivos e interligados não por uma rede invisível, mas pelas necessidades cotidianas de trabalho, de estudo, de convivência mínima entre outros seres humanos, se precisa mais do que sensações, se precisa de emoções no campo real, palpável para poder se continuar se sentindo vivo, se sentindo humano.

O ser humano é um ser gregário, tendo necessidades naturais de companheirismo, de presença física, de conversa "olho no olho", de realmente uma sociedade virtual poder ser ficção, na vida real, no mundo de seres humanos vivos e interligados não por uma rede invisível, mas pelas necessidades cotidianas de trabalho, de estudo, de convivência mínima entre outros seres humanos, se precisa mais do que sensações, se precisa de contato mínimo, o chamado toque real, aquele que nos tira da sensação letárgica para poder se continuar se sentindo vivo, se sentindo humano, existente.

Quando esta sintonia é quebrada, quando ela é substituída, ou trocada pela artificialidade de uma "presença virtual", algo se rompe dentro da mente humana, precisando de forma urgente de reposta; ou então a irreabilidade substitui a realidade.

Neste universo paralelo se pode expandir as amostras de quanto se pode dissimular das aparências de convivência, para a vivências de fato e de verdade.

Tem surgido grupos que transitam com a ideia primal de manter a solidão, aquela de estar sozinho, contudo, interligado através de grupos também solitários convictos que usam aplicativos, Facebook, Instagram entre outros, mas este é seu limite máximo de convivência, não se aventurando em hipótese alguma a qualquer contato próximo; inclusive, uso de webcam, ou qualquer mecanismo do gênero que possa trazer o mínimo de proximidade.

Nesta senda, aumenta o número de pessoas que se apercebem que ninguém sentirá falta dela, que ela tem sido um peso para outras pessoas, vai gerando os pensamentos de suicídios que começam a frequentar a mente e tomar conta do desejo. A perda do controle da urbanidade tem trazido questões de como daqui a alguns anos as sociedades se relacionará. Nenhuma tecnologia mesmo a mais avançada consegue trazer situações que o ser humano pode trazer e fazer, mesmo usando a dinâmica do cérebro de forma a sugerir através de estímulos, sensações e reações provocadas por aparelhagens próprias para estes experimentos.

Numa demonstração de como se pode ocasionar situações desta magnitude, há um caso real que despertou o grande vazio que as pessoas vivem.

LONDRES, 13 Abr (AFP) - O corpo de uma mulher morta há três anos foi descoberto em seu apartamento em Londres rodeado de presentes de Natal fechados e diante de uma televisão ligada, informou nesta quinta-feira a polícia da capital britânica. O corpo de Joyce Vincent, de 40 anos, foi encontrado em janeiro passado. A mulher teria morrido de causas naturais no início de 2003, com base, entre outras coisas, no prazo de validade dos alimentos encontrados na casa.
(noticias.uol.com.br/ultnot/afp/2006/04/13/ult34u152283.jhtm)

Durante três anos inteiros esta mulher esteve morta, sem que sequer um familiar, amigo, colega ou até vizinhos notarem ou sequer sentir sua falta.

A distância que se cria entre aqueles que estão neste caminho de ilusão e através desta via se vai transformando num isolamento mental, primeiramente, para depois se transformar em coletivo.

A hipótese de um inconsciente coletivo pertence àquele tipo de conceito que a princípio o público estranho, mas logo dele se apropria, passando a usá-lo como uma representação corrente, tat (sic) como aconteceu com o conceito do inconsciente em geral. A idéia (Sic) filosófica do inconsciente, [...] (JUNG, 2000, p.15).

Nesta toada se pode depreender que o inconsciente coletivo posto nesta linha de alienação para solidão é oposta à presença de pessoas, de estar interligado por alguma atividade ou lugar que depreenda da coletividade. É a sensação pura de estar só, e se sentir muito bem nesta condição.

A ideia que se começa a alimentar vem da mente, quando se condiciona a estar aquém de tudo que possa ser considerado socialmente aceito, ou minimamente

inserido como pessoa. É a própria mente criando como um ambiente paralelo, a simples ideia de conforto, de bem-estar, sem haver em nenhuma hipótese, um sentimento de incomodo.

Para adentrarmos neste ambiente psíquico é inevitável se buscar em Jung, sua formação que retrata de maneira própria toda a condição de se verificar o funcionamento da pessoa que se isola e como este fator se desencadeia.

Uma camada mais ou menos superficial do inconsciente é indubitavelmente pessoal. Nós a denominamos inconsciente pessoal. Este, porém repousa sobre uma camada mais profunda, que já não tem sua origem em experiências ou aquisições pessoais, sendo inata. Esta camada mais profunda é o que chamamos inconsciente coletivo. Eu optei pelo termo "coletivo" pelo fato de o inconsciente não ser de natureza individual, mas universal; isto é, contrariamente à psique pessoal ele possui conteúdos e modos de comportamento, os quais são 'cum grano salis' os mesmos em toda parte e em todos os indivíduos. Em outras palavras, são idênticos em todos os seres humanos, constituindo, portanto, um substrato psíquico comum de natureza psíquica suprapessoal (Sic) que existe em cada indivíduo. (JUNG, 2000, p.15).

Na compreensão de Jung, há "à psique pessoal ele possui conteúdos e modos de comportamento, os quais são '*cum grano salis*' os mesmos em toda parte e em todos os indivíduos". Desta forma é factível entender que o comportamento em certa medida não se distancia de um para outro ser humano, é evidente que no meio de criação, pessoas que convivem, podem mudar; mas as mudanças não são anacrônicas e díspares. Podem ser fatos resultantes de idade, problemas os mais diversos familiares, entre tantos outros.

Destarte o todo traçado se indaga se é tangível o simulacro patente frente ao virtual?

Simulacro é a imitação feita sobre algo ou alguém, uma representação imagética que engana por transmitir determinada coisa como real, sendo na realidade falsa ou incorreta. (<https://www.significados.com.br/simulacro/>).

O simulacro assume neste tema, a ideia abstrata de substituir o real pela a imitação, o que de fato, leva a uma sensação também falsa de pertencimento. Contudo, como a solidão passou da antiga ausência de convivência social, para a falsa sensação de estar dentro de um ambiente, como se vê nos chats, ou mesmo

sites de relacionamento, a impressão de possuir centenas, milhares de amigos, para a dura realidade de principalmente e, em especial no final do ano (ou período de festas Natal e Ano Novo), é quando acontece um fenômeno entre muitas pessoas começarem a perceber que há um esvaziamento nos sites e internet, e aí fica patente a solidão e a distância destes simulacros das redes sociais.

No âmbito da Filosofia, Jean Baudrillard (1929 - 2007) ficou conhecido por desenvolver a ideia do simulacro na sociedade contemporânea. Para Baudrillard, com o avanço nos meios de comunicação, a mídia passou a exercer uma enorme influência sobre as massas. Assim, de acordo com o filósofo, a realidade deixou de existir e as pessoas passaram a viver e dar mais importância às representações sobre a realidade que são disseminadas pela mídia. Os simulacros são estas simulações errôneas sobre o real e que despertam maior atração ao espectador do que o objeto ou situação que está sendo reproduzido. (<https://www.significados.com.br/simulacro/>).

Outrossim, vislumbra-se ser este pensamento de substituir a realidade pela simulação, representações, e se envolver tanto neste ambiente virtual, dando a impressão de estar nesta esfera, e muito distante do real. Neste ponto não é incomum perceber o afastamento da pessoa, que passa a viver a chamada "vida virtual", tendo ambientes próprios, espaços inteiros dedicados a sua única e exclusiva presença, e como é dito de forma perigosa, por estes sujeitos, "eu me basto...minha companhia é mais do que suficiente".

Hoje a abstracção (sic) já não é a do mapa, do duplo, do espelho ou do conceito. A simulação já não é a simulação de um território, de um ser referencial, de uma substância. É a geração pelos modelos de uma intenção real sem origem na realidade: hiper-real. O território já não precede o mapa, nem lhe sobrevive. E agora o mapa que precede o território — precessão dos simulacros — é ele que engendra o território cujos fragmentos apodrecem lentamente sobre a extensão do mapa. É o real, e não o mapa, cujos vestígios subsistem aqui e ali, nos desertos que já não são os do Império, mas o nosso. O deserto do próprio real. (BAUDRILLARD, 1991, p. 8).

O filósofo propõe se imaginar como aceitação que se tem de um mapa, entendendo que dentro existem territórios, e seus limites e extensão são abstratas, em assim sendo a abstração torna-se a realidade e, a realidade deixa de ser importante; depreendendo do texto que não é contemporâneo; o filósofo faz sua

digressão, apenas baseados nos meios convencionais de comunicações, e sem dúvida sem os avanços atingidos nos anos pós internet, o que estimula muito mais, do que outrora.

A vista do próprio “real”, há de se perguntar, observando de um ponto fixo, se o que se vê a distância, se o longe, se uma descrição é o que se pode chamar de real ou, apenas a imaginação? Ou, se é que está só representa a “realidade”, ou tudo ao nosso redor é a chamada “realidade virtual”.

É possível que nunca houve entre algumas pessoas de estarem acompanhadas, mas sim no arquétipo do que se gostaríamos. A imagem de um trabalho, de um relacionamento, de um título acadêmico, entre outros; muitas vezes é só uma ilusão transformada em pseudo realidade. E neste campo de ordem “ilusória”, “mental”, há um sem número de coisas que podem acontecer, por exemplo, gerar imagens, conversações entre a pessoa sendo ouvinte e falante, e simular, mentalmente, ideias sem conexão no campo da realidade, só virtual.

2. É possível tratar do que venha ser o real?

A realidade não é assunto de fácil exercício mental, para ser conceituada, ao contrário, há algumas ideias que se postam para entender o que é real, geralmente com cuidado, outras fogem do cerne do questionamento e, ainda outros tentam apenas dar um significado, como um dicionário.

Filosoficamente, não se trata este tema de forma tão positivada ou pueril, há uma profundidade que há séculos vem se tratando e continuará sem uma resposta que seja definitiva.

Se postular como apenas ideia, o resultado não alcança sequer o sentido embutido em seu núcleo, aliás, percebe-se uma fuga na intenção de tão somente restringir a discussão ou mesmo o alcance do que se possa construir uma estreita relação com o que se pode ao menos questionar, ou mesmo depurar.

Outrossim, se pode observar nesta linha a ideia de Hume, *apud* (http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2009000100013) referenciando e tonificando o debate;

Hume inicia o Tratado da natureza humana com uma proposição conceitual que distingue as percepções da mente humana em duas classes fundamentais: impressões e ideias. A rigor, essa distinção não presume uma dicotomia, nem estabelece entre seus termos diferenças antagônicas de natureza. A divisão das percepções entre

impressões e ideias é antes intensiva que qualitativa, isto é, diz respeito às variações de intensidade ou aos respectivos graus de vividez e força que se devem atribuir a cada tipo de percepção. As impressões são mais vívidas, penetram mais violentamente em nosso pensamento em sua primeira aparição à alma, e abrangem as sensações e as paixões.

No mundo das sensações, impressões, poderão apresentar uma leve distorção que embasada simplesmente é a ausência do real. Aparentemente, sem efeito, contudo, se esforçar, para ser natural;

O real é produzido a partir de células miniaturizadas, de matrizes e de memórias, de modelos de comando — e pode ser reproduzido um número indefinido de vezes a partir daí. Já não tem de ser racional, pois já não se compara com nenhuma instância, ideal ou negativa. É apenas operacional. Na verdade, já não é o real, pois já não está envolto em nenhum imaginário. É um hiper-real, produto de síntese irradiando modelos combinatórios num hiperespaço sem atmosfera. (BAUDRILLARD, 1991, p.8).

Este contraste entre realidade, sensação, irrealidade e percepção, não tem gerado satisfação, embora se perceba que há sem margem de dúvida um elemento desagregador, uma espécie de contraponto, um vácuo entre o material e o abstrato, entre o tangível e o intangível, entre a forma e a disforma.

Pensar na ideia que tudo pode ser só uma ilusão, ou ainda, imagens quem vem de milhares de anos, o encontro destas imagens, destes destaques, que apenas refletem uma espécie de fotografia, produz um aparente desalento.

Desta feita, cumpre lembrar o filme A origem, numa crítica publicada assim é expressa;

A vida em sua linha mestra é assim, o valor que atribuímos a vida vem através de importância, eventos salutar, acontecimentos que pode deslocar a existência de uma pessoa. O ator principal do filme A Origem vive uma situação de repetição constante, como afirma Gilles Deleuze, em seu livro Diferença e Repetição: "A repetição já não é uma repetição de elementos ou de partes exteriores sucessivas, mas de totalidades que coexistem em diferentes níveis e graus." p. 395. Assim sendo, a repetição assume os elementos ou partes exteriores, coexistindo em diferentes graus. Com isso, tudo que se possa fazer é apenas repetição de algo já feito, numa visão

deleuziana, não há nada de novo no dia seguinte que já não se tenha vivido anteriormente.
(https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4760).

Na ficção reproduzida nas telas, percebe-se que para saírem da realidade é necessário estarem na condição de sono, além de leva-los a adentrar no inconsciente se demonstra ser um espaço de fuga da realidade muitas vezes dura, e conduzi-los a um lugar sem tempo/espaço, como um vazio, sem preocupações e problemas.

A psicossomática evolui de maneira incerta nos confins do princípio da doença. Quanto à psicanálise, ela devolve o sintoma do domínio orgânico ao domínio inconsciente: este é de novo suposto ser «verdadeiro», mais verdadeiro que o outro — mas por que é que a simulação se detém às portas do inconsciente? Por que é que o «trabalho» do inconsciente não há-de poder ser «produzido» do mesmo modo que qualquer sintoma da medicina clássica? **Os sonhos já o são.** (Idem, 1991, p.10).

A ideia cerne, contudo, traz uma dura realidade, alguns não querem mais sair desta falsa realidade criada, e desejam passar o maior tempo só dormindo, ou em estado de sonho, será que na sociedade complicada, difícil e exigente, muitos estariam usando este expediente para ter momentos de paz?

3. A realidade virtual como arquétipo contemporâneo

É hora de se perguntar se há realmente algum impacto na sociedade esta chamada realidade virtual? Ou é apenas uma forma de olharmos nossa própria sociedade e suas mudanças?

Na base da discussão, no lume do texto se faz necessário, lembrar o que já foi dito;

Na verdade, já não é o real, pois já não está envolto em nenhum imaginário. É um hiper-real, produto de síntese irradiando modelos combinatórios num hiperespaço sem atmosfera. Nesta passagem a um espaço cuja curvatura já não é a do real, nem a da verdade, a era da simulação inicia-se, pois, com uma liquidação de todos os referenciais — pior: com a sua ressurreição artificial nos sistemas de signos, material mais dúctil que o sentido, na medida em que se oferece a todos os sistemas de equivalência, a todas as oposições binárias, a toda a álgebra combinatória. Já não se trata de imitação, nem de dobragem, nem mesmo de paródia. Trata-se de uma

substituição no real dos signos do real, isto é, de uma operação de dissuasão de todo o processo real pelo seu duplo operatório, máquina sinalética metaestável, programática, impecável, que oferece todos os signos do real e lhes curto-circuita todas as peripécias. (Op. Cit., 1991, p. 8 e 9).

O imaginário pode ser apenas a substituição do real? Ou o que imaginamos é o real? É importante manter a percepção para entender como é transcrito; e não estar fora da realidade social, adentrando numa realidade gestada pela pessoa, perdendo o senso do real, e se acostumado de tal forma ao irreal, sendo arrastado constantemente ao imaginário, a simulação ao artificial.

O real nunca mais terá oportunidade de se produzir — tal é a função vital do modelo num sistema de morte, ou antes de ressurreição antecipada que não deixa já qualquer hipótese ao próprio acontecimento da morte. Hiper-real, doravante ao abrigo do imaginário, não deixando lugar senão à recorrência orbital dos modelos e à geração simulada das diferenças. (Ibidem, 1991, p.9).

Outrossim, é de suma importância buscar a compreensão “O real nunca mais terá a oportunidade de se reproduzir”, ou então, o que conhecíamos como sociedade, não voltará a ser desta forma, pelas transformações ocorridas, não só no dia a dia, mas também, por fatos decorrentes de catástrofes naturais, por acontecimentos não esperado e de forma muito agravante ou que atinja não só uma cidade, um país, uma situação que exija uma mudança de paradigma não forçada pelos seres humanos, algo de intervenção, atingindo o mundo todo, os países num todo.

O que antes era comum, andar pelas ruas e se locomover entre pontos equidistantes, de repente passa a ser algo não mais aceitável, proibido, impedido, e restrito a tal envergadura que as pessoas agora sejam confinadas em suas casas como meio de sobrevivência.

Não há a garantia de segurança, se não houver isolamento, se não existir distanciamento, desde simples cumprimentar com as mãos, a um beijo no rosto, até o mínimo afeto do abraço; as pessoas são obrigadas a andarem de máscaras, para proteção de sua saúde, para poder continuar a conviver, contudo, um distante do outro, a essência da sociedade não é mais agregação, a palavra de ordem é se isolar, ficar na profunda solidão, tendo como meio de quebrar este prospecto, a internet, celular, computador e televisão. Então chega-se ao contraponto, do que antes do vírus acontecia, para alcançar a necessidade do isolamento social, quer seja, aqueles

que apreciavam muito mais o convívio, e a proximidade como o melhor meio de comunicação, ter que de sobressalto, que viver como os isolados espontâneos, faziam, agora farão, todos por uma obrigação solidária.

Cumprir lembrar um texto que evoca a questão da solidão, buscando no melhor exemplo, a criança e a segurança que a mãe oferece;

A solidão não é, portanto, simples privação, ela é hipersensibilidade à ausente presença do outro [...]. Eis o princípio capital que se desenha aqui: a profundidade da solidão mede - tal qual uma sonda - a intensidade do desejo ardente do outro que não responde ao chamado. (Assoun apud Tanis, 2003, pp.108).

Neste momento de isolamento, as redes sociais, os aplicativos a disposição para vídeo conferência, as conversas telefônicas, todos esses mecanismos passam a ser não mais um meio que alguns usam, pelo contrário, se transformam nesta onda gigante de mudanças em algo comum, necessário e indispensável como única forma de desconstruir a solidão que alguns possuíam, passa neste momento a coletividade, e o que era um grupo, muito embora significativo, porém não uma massa social, assume a forma de uma sociedade com um único objetivo, sobreviver ao maior desafio humano que se projeta na vida mundial, nos países, nos estados e nas cidades; todos mesmo morando em uma família, terão que se isolar, para poder por um período sobreviver.

4.A solidão; o isolamento como remédio a pandemia

Por mais incrível que possa parecer, a solidão passa a ser um remédio, que antes era chamado de antissocial, de problema de ordem psicológica, de estranho, é o caminho traçado, para uma sociedade mundial, poder sobreviver. De repente, o que era visto como algo desnecessário e até perigoso, acaba por se tornar o único lenitivo, suficiente aceito para curar o mal chamado pandemia.

Quem, em sua consciência poderia sequer aceitar, a simples menção de ser o isolamento, a solidão uma solução satisfatória para impedir mortes, doença, e hospitais lotados e cemitérios tendo que fazer valas comuns, pela quantidade de mortos, e a redução de espaço. E, ainda com a ausência de poder acompanhar quem está contaminado no hospital, e sobretudo, não haver cortejo fúnebres, nem aquela última homenagem a pessoa querida.

Sim a solidão, criticada, estudada para ser combatida, para ser vencida é o que vai se tornando o método efetivo de controle.

Lacan, vem e trata desta questão de forma a projetar como isso poderia ser possível em algumas situações;

[...] há um certo tempo, forjamos um terceiro ideal sobre o qual não estou certo de que pertença à dimensão original da experiência analítica - o ideal de não-dependência, ou, mais exatamente, de uma espécie de profilaxia da dependência. (Lacan, 1959-60, pp. 21)

Essa “não dependência”, se transformou por motivo de força maior em isolamento em sua forma mais sombria, exsurge como medida protetiva nas sociedades mundiais como meio efetivo de não espalhar ainda mais o vírus que devastou cidades, e alcança a cada dia recordes em sua pior demonstração de poder e descontrole. O ser humano está curvado ante o inevitável. Está desorientado, sem saber ao certo o que fazer.

Nesta perspectiva, parece que as redes sociais, os aplicativos disponíveis têm reestruturado uma nova versão de sociedade, que aprendem aos poucos, não precisar viajar longas distâncias para uma reunião, que é possível se realizar com o mesmo desempenho por vídeo conferência; pessoas distantes aprende o uso da câmera para poder se ver, conversar e controlar a saudade.

Parece ser o fim de uma era, de um modo de vida, de um modelo de sociedade, até porque o choque foi brutal e não deu tempo de adaptação, muito pelo contrário, as mudanças ocorreram junto com a crise, e se adaptar não sair mais em grupo, nem ao menos com amigos, não haver festa que fosse possível chamar os conhecidos, passa a não ser mais possível.

Por mais incrível que possa parecer, Freud, ao tratar de alguns transtornos, expõe a questão da solidão quase como uma forma de segurança para determinados indivíduos se sentirem mais seguros;

Se um indivíduo com medo pânico começa a se preocupar apenas consigo próprio, dá testemunho, ao fazê-lo, do fato de que os laços emocionais, que até então haviam feito o perigo parecer-lhe mínimo, cessaram de existir. Agora que está sozinho, a enfrentar o perigo, pode certamente achá-lo maior. (Freud, 1921, pp. 108).

E desta feita, não havia escolha, era fazer desta maneira ou fazer.

O simulacro existencial, aquele que muitos viviam por livre escolha, povoando as redes sociais, criando até ambientes virtuais próprios deixou de ser uma escolha para ser a única opção entre todos, e aqueles que não tinham este convívio de

isolamento, desconheciam o que era solidão de fato, passou a ter uma ideia não mais teórica, porém, uma vivência do que é estar no dia a dia sozinho, semana após semana, mês após mês, e ano após ano.

Adentra-se no limiar do século XXI, imaginado por cineastas, e cientistas num tom de psicodrama, uma vez não ser uma escolha, aduz ser um novo modelo a ser desenvolvido como um novo paradigma social, pessoas aprendendo a solidão, gostando da sensação de estar sozinho e, ainda não desejando voltar a uma sociedade tão exigente, tão mascarada com a ideia do certo e do errado, da aparência, da vida social, das festas, do convívio forçado do romance e da paixão.

Poderia ser a solidão um sentimento? Ou é só mesmo um afastamento daquilo que não se conforma com a sociedade? Há um outro tipo de solidão? Se sim, qual?

Por sentimento de solidão não estou me referindo à situação objetiva de ser privado da companhia externa. Estou me referindo ao sentimento de solidão interior – o sentimento de estar sozinho independentemente das circunstâncias externas; de sentir-se só mesmo quando entre amigos ou recebendo amor (Klein,1971, p.133).

No texto em comento, há a solidão interior, aquela que não importa estar acompanhado ou não, se está até no meio de uma multidão; a pessoa se sente só. Esta é o limite da patologia, pois, querendo ou não o ser humano é um ser gregário, tem até necessidade de companhia, e de pessoas ao seu redor.

A solidão que preocupa os sociólogos, por gerar uma nova geração automatizada, robotizada, fanática por jogos eletrônicos, por internet, por redes sociais e até uma certa dose de abandono dos sentimentos mais humanos e comuns entre os seres iguais.

De repente esta solidão na forma de isolamento bateu a porta de todos, novos, jovens, meia idade e até os idosos, tiveram da noite para o dia de se submeter ao que antes criticavam.

Destarte, não se pode verificar a solidão como algo no todo ruim, afinal, há aspectos a ser considerados, e refletidos quando se propõe a enfrenta-la;

Poderíamos dizer que o mundo todo, com seu tumulto e miséria, está num processo de individuação. Mas as pessoas não se dão conta disso, e esta é a única diferença. Se soubessem disso, não estariam em guerra uns com os outros, pois quem tem a guerra dentro de si,

não tem tempo nem prazer de lutar com os outros. A individuação não é uma coisa rara ou luxo de poucos; mas aqueles que sabem que estão nesse processo devem ser considerados felizes. Eles ganham alguma coisa, caso sejam conscientes o bastante. [...] A individuação é a vida comum e aquilo de que temos consciência. (JUNG, 2002, p. 48)

Sem jamais imaginar a pandemia alcançando todos os países, o texto parece atualíssimo, uma vez que trata das questões fundamentais, tratando da pobreza e a busca da individualização, uma espécie de rompimento com a sociedade, por aspectos diversos. E como é antigo parece muito mais com uma digressão, contudo, é uma análise até visceral de como será (e veja, que o texto tem várias décadas); a sociedade do futuro. Individualista e, portanto, solitária.

Outrossim, até o modo de comer mudou, “delivery”, passa a ser algo comum, até entre aqueles que talvez nunca usaram, o pensamento de que tudo pode voltar ao normal, a cada dia, a cada notícia, vai nos dando a exata noção, de que não voltaremos a ser quem éramos, a vida mudou, a mente das pessoas mudou, a solidão se aprofundou num repositório tão grande proporcionando um hiato entre a vida em sociedade e a vida em casa.

A pergunta é muito importante, como será a sociedade após a pandemia? Há aqueles mais otimistas que dizem que sairemos melhores, contudo, há os que dizem que gostaria que o mundo voltasse a ser como era antes, leve, livre, solto e com aquele clima fraterno de abraçar, dar as mãos, poder dar beijo, etc.

Não há resposta razoável a esta indagação, o que se deseja, o que se espera é que tudo passe, e a sobrevivência ensine um pouco, como é viver num mundo globalizado, numa sociedade sem fronteiras.

Considerações Finais

Não há pretensão de trazer a lume uma solução a este processo que há séculos se tem convivido, a solidão.

Mas é bom pensar que, pode-se refletir sobre o tema, de vários ângulos, inclusive daquelas pessoas que se sentem bem absolutamente sozinhas; daqueles que por motivo de força maior, tiveram que aprender a ficar sozinho, e muitos outros que estão sozinhos, mas preferem a companhia de amigos, da família, ou até de um grande amor.

Há um fato em todo este percurso trilhado que é o isolamento, pior que optar pela solidão é se isolar, pois, este ato em si traz consequências psíquicas inimagináveis, podendo ser perigoso, um isolamento por anos a fio, sem desejar mais se agregar, se juntar, conviver; pode sem dúvida alguma a pessoa reproduzir uma dissociação de identidade, mental e na esfera psíquica um risco para si mesmo.

Por mais que a solidão em muitos momentos seja agradável, de forma alguma deve ser algo que se incorpore a vida e passe dominar a mente e o corpo a estar sempre solitário.

No momento que o mundo passa é impossível não se reconsiderar de forma bem satisfatória, o quanto se faz falta o convívio mínimo, aquele de andar na rua e ver pessoas andando, caminhando, de ver a circulação de carros, de ir a uma feira livre, e poder sem máscara ou o que o valha andar se sentindo absolutamente absorto.

A solidão não deve ser um modo de vida permanente, ao contrário quem só gosta de ficar sozinho, deve, de alguma forma se preocupar e procurar ajuda de um profissional, pois, com absoluta certeza há algo muito errado.

O ser humano é gregário e gosta de estar com pessoas, gosta do convívio e, principalmente, se sente muito bem quando está livre para tal convívio.

O desafio está lançado de encontrar dentro de cada um de nós a ideia, a vocação de viver bem em sociedade. E a solidão, ser apenas um companheiro ou companheira, passageira.

Referências bibliográficas

BAUDRILLARD, Jean. Simulacros e Simulação. Lisboa: Relógio d'Água, 1991.

FREUD, S. (1921). Psicologia de grupo e análise do ego. In: Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Vol. XVIII. Rio de Janeiro: Imago, 1974,

JUNG, Carl Gustav. Cartas II. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. Os arquétipos e o inconsciente coletivo - Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

Klein, M. O Sentimento de Solidão: nosso mundo adulto e outros ensaios. Rio de Janeiro: Imago, 1971.

LACAN, J. (1959-60). Seminário, livro 7: A ética da psicanálise. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

<https://www.significados.com.br/simulacro/>

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2009000100013

https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4760 "Aspectos filosóficos do filme A Origem".

TANIS, B. (2003). Circuitos da solidão: entre a clínica e a cultura. São Paulo: Casa do Psicólogo/FAPESP.

A ATUAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA E A IMPLICAÇÃO DE SUAS PRERROGATIVAS NA SISTEMÁTICA PROCESSUAL CIVIL

DANIEL DE MORAIS MENDES:

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Pós-graduado em Direito Processual Civil e em Direito Administrativo. Servidor público do Tribunal de Justiça do DF - TJDF.

RESUMO: O cerne do presente estudo consiste na análise processual da atuação da Fazenda Pública, a qual vem ganhando cada vez mais importância no cenário jurídico brasileiro. Assim, este artigo tem como escopo a abordagem das diversas formas de participação processual da Fazenda Pública, analisando suas nuances e seus procedimentos. Para tanto, foi realizada pesquisa doutrinária, tomando como base os autores Leonardo Carneiro da Cunha, José dos Santos Carvalho Filho e Teori Albino Zavascki (*in memoriam*), bem como a legislação pertinente. Procurou-se, portanto, apresentar as prerrogativas atribuídas à Fazenda Pública sob o enfoque da nova sistemática estabelecida pelo Código de Processo Civil de 2015. Nesse sentido, verificou-se as diversas maneiras do Poder Público tutelar o interesse público disponível, garantindo, com isso, que as questões relativas ao erário sejam devidamente protegidas.

PALAVRAS-CHAVE: FAZENDA PÚBLICA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DISPOSIÇÕES LEGAIS. PRERROGATIVAS FAZENDÁRIAS. FORMAS DE ATUAÇÃO.

ABSTRACT: The core of the present study is the procedural analysis of the performance of the Public Treasury, which is becoming increasingly important in the Brazilian legal scenario. Thus, this article aims to address the various forms of procedural participation of the Public Treasury, analyzing their nuances and procedures. To this end, a doctrinal research was carried out, based on the authors Leonardo Carneiro da Cunha, Jose dos Santos Carvalho Filho and Teori Albino Zavascki (*in memoriam*), as well as the relevant legislation and case law. Therefore, we tried to present the prerogatives attributed to the Public Treasury under the focus of the new system established by the Civil Procedure Code of 2015. In this sense, it was verified the various ways of the Public Power to protect the available public interest, thus ensuring, that matters relating to the treasury are properly protected.

KEYWORDS: PUBLIC ADVOCACY. CIVIL PROCEDURAL LAW. LEGAL PROVISIONS. PUBLIC ADVOCACY PRERROGATIVES. FORMS OF ACTION.

Sumário: 1. Introdução – 2. Cenário processual e regime jurídico; 3. Conceituação de Fazenda Pública; 4. Atuação em juízo: prerrogativas do Poder Público; 5. Conclusão; 6. Referências

1 INTRODUÇÃO

O trabalho em questão embasa-se, num primeiro momento, nas prerrogativas e nas formas de atuação da Fazenda Pública quando em juízo; num segundo momento, faz-se um cotejo analítico com os preceitos constantes do Código de Processo Civil de 2015, a fim de que se verifique, com maior aprofundamento, as implicações práticas afetas à Fazenda Pública.

Anteriormente, ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, constatou-se a necessidade de alguns institutos sofrerem alteração, haja vista a crescente ocorrência de situações peculiares. Tendo em vista, então, que o novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/15, estipulou como principais objetivos a eficiência e a celeridade na prestação jurisdicional, tem-se que se tencionou reduzir burocracias que ensejavam uma morosidade no trâmite processual e, com isso, reduzia o alcance da efetividade da justiça na sociedade.

Entendimentos a favor das prerrogativas estabelecidas à Fazenda Pública são comumente defendidos, sendo que eventual posição privilegiada da Fazenda Pública em juízo é tida por essencial para muitos autores, tais como Leonardo José da Cunha, ao asseverar que:

Para que a Fazenda Pública possa, contudo, atuar da melhor e mais ampla maneira possível, é preciso que se lhe confirmem condições necessárias e suficientes a tanto. Dentre as condições oferecidas, avultam as prerrogativas processuais, identificadas, por alguns, como privilégios. Não se trata, a bem da verdade, de privilégios. Estes - os privilégios - consistem em vantagens sem fundamento, criando-se uma discriminação, com situações de desvantagens. As "vantagens" processuais conferidas à Fazenda Pública revestem-se com o matiz de prerrogativas, eis que contêm fundamento razoável, atendendo, efetivamente, ao princípio da igualdade, no sentido aristotélico de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. (CUNHA, 2006, p. 73)

Considerando as relevantes mudanças trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, é de se ressaltar aquelas atinentes à Fazenda Pública, merecendo, pois,

devido detalhamento. Sabe-se, mister consignar, que os litígios nos quais o Poder Público encontra-se presente movimentam grande parte da máquina judiciária.

Outrossim, é de conhecimento a existência das diversas prerrogativas processuais que concedem tratamento diferenciado à Fazenda Pública, quando em juízo, tais como: alterações consideráveis no tocante aos prazos processuais, reexame necessário (remessa necessária), despesas, honorários, custas, intervenção anômala, pedido de suspensão de segurança, cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública etc.

O estudo em questão, então, propõe-se a analisar em que medida as referidas mudanças impactarão na atuação da Fazenda Pública, buscando compreender algumas de suas prerrogativas e em quais procedimentos tais se fazem presentes. Consigne-se, aliás, os pensamentos de processualistas civis acerca da matéria, os quais foram utilizados no presente desenvolvimento textual.

2.CENÁRIO PROCESSUAL E REGIME JURÍDICO

Nas palavras de Grinover “o Estado, portanto, regula as relações intersubjetivas entre as pessoas, atuando através da legislação e da jurisdição”. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 37-57). A atuação da Fazenda Pública vem gerando estudos capazes de, ao mesmo tempo em que há um aprofundamento teórico, objetiva desburocratizar a relação processual. Com efeito, vê-se que há a necessidade do Estado de resolver questões levadas a seu conhecimento, utilizando, para tanto, o processo, o qual é desencadeado mediante um procedimento. Em outras palavras, o processo é instrumento do direito material, de maneira que as regras e os princípios processuais não podem ser utilizados para modificar os resultados.

Nesse sentido, para uma melhor atuação do Poder Público, algumas prerrogativas lhe são atribuídas, com o fito de resguardar o interesse público numa relação processual. Há o que a doutrina pátria denomina de regime jurídico-administrativo, o qual é fundado em dois princípios, quais sejam, supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público pela Administração.

Na tentativa de explanar as características de aludido regime, administrativistas e processualistas civis foram, ao longo do tempo, estabelecendo institutos capazes de melhor justificar a existência de tal regime. Desse modo, ressalte-se a posição de Di Pietro, na qual a autora certifica que o regime diferenciado compõe-se de privilégios e de restrições, os quais:

Ao mesmo tempo em que as prerrogativas colocam a Administração em posição de supremacia perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade, as restrições a que está sujeita limitam a sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e conseqüente nulidade dos atos da Administração. (DI PIETRO 2014, p. 61).

Tem-se que indisponibilidade do interesse público decorre daquilo que a doutrina e jurisprudência consideram como princípio constitucional republicano. Nesse sentido, caso os bens públicos sejam de toda a sociedade, não cabe ao agente público desfazer-se deles imotivadamente, semelhantemente como se estivesse procedendo com um bem particular.

Há conceitos, atividades e bens públicos que, por serem necessário à atuação estatal, devem ser considerados inalienável e insuscetível de renúncia. Inexiste, pois, disponibilidade no que atine ao núcleo fundamental de serviços, funções e bens genuinamente públicos.

Ressalte-se, entretanto, que há atividades e bens que, considerando sua imensurável importância, não podem ser alienados, mesmo que haja algum tipo contrapartida. Cite-se, a título exemplificativo, a renúncia à atividade legiferante ou a titularidade do poder de polícia.

3. CONCEITUAÇÃO DE FAZENDA PÚBLICA

Em juízo, tem-se que a representação estatal goza de prerrogativas processuais que objetivam proteger o erário, ou seja, patrimônio público propriamente dito, tais como prazos processuais diferenciados, intimação pessoal, remessa necessária, disposição específica sobre a forma de cumprimento da sentença desfavorável à Fazenda Pública.

Essas prerrogativas conferidas ao Estado, por vezes, foram objeto de crítica por parte de doutrinadores e estudiosos do direito, haja vista que as prerrogativas foram consideradas responsáveis pela morosidade do processual. Há, portanto, uma tendência de crítica e resistência desses mecanismos. A ideia é de que essas prerrogativas estão se tornando anacrônicas, porquanto a Fazenda Pública atualmente goza de adequados quadros incumbidos de sua defesa processual, sendo que esse regime de prerrogativas processuais surge, por vezes, como um voto de desconfiança do Poder Público em seus próprios agentes. Tal ideia, no entanto, foi rechaçada e, atualmente, é minoritária a corrente que assim pensa.

Tem-se que se denomina “Fazenda Pública a presença de pessoa jurídica de direito público interno em juízo, independente de a demanda versar sobre matéria financeira ou fiscal” (CUNHA, 2011, p. 15). Há, portanto, a presença do direito público, o qual implica a reconhecer um interesse público que permeia as mais diversas relações processuais.

Ademais, para Carvalho Filho, “o interesse público, portanto, deve coincidir com a busca do bem comum. Não implica na simples soma de interesses individuais, mas na concretização do interesse coletivo” (CARVALHO FILHO, 2010, p.73). Entretanto, é de se salientar que a indisponibilidade do interesse público não implica que o Poder Público não possa ou não deva, em determinadas ocasiões, submeter-se às pretensões de outrem ou até mesmo ficar inerte face a pretensões específicas.

4.A ATUAÇÃO EM JUÍZO: PRERROGATIVAS DO PODER PÚBLICO

Os mecanismos de atuação no processo são também previstos em prol da Fazenda Pública, haja vista que as chamadas prerrogativas são somente processualmente estabelecidas levando-se em consideração eventuais dificuldades que poderiam obstaculizar o adequado exercício da defesa. Trata-se, em verdade, das regras destinadas a impedir que a simples omissão na prática de atos processuais, pelo representante da Fazenda em Juízo, venha a acarretar ao ente público consequências negativas que poderiam conduzir à sua derrota no processo.

Citando algumas prerrogativas, as quais já eram existentes no antigo e estão no Código de Processo Civil de 2015, verificam-se o duplo grau de jurisdição, presente no artigo 475, inciso I e II do Código de Processo Civil de 1973 e no artigo 496, inciso I e II do novo Código de Processo Civil; a possibilidade de ter o prazo estendido para recorrer e para contestar, no artigo 188 do Código de Processo Civil de 1973 e artigo 183 do novo Código; a isenção do pagamento de custas, estipulada no artigo 4º da lei 9289/96, entre outras.

Diante disso, vê-se que a remessa obrigatória, também conhecida como reexame necessário (ou, para alguns, dupla grau de jurisdição obrigatório), prevista no artigo 475, inciso I e II, do Código de Processo Civil de 1973 e artigo 496, inciso I e II, do Código de Processo Civil de 2015, compreende a necessidade de haver uma revisão, por um Tribunal, de uma sentença proferida pelo juiz de primeiro grau, para que traga legitimidade para iniciar a execução do que foi decidido.

A reanálise ocorre independentemente de uma das partes interpor recurso. O instituto ora analisado é “também conhecido como duplo grau de jurisdição obrigatório ou remessa *ex officio* - é um instituto típico e exclusivo do regime jurídico de direito processual público. Sua aplicação atualmente está

relacionada diretamente à participação do ente público na demanda” (BARROS, 2011, p. 117). Depreende-se, portanto, que os autos subirão ao Tribunal conforme forem verificadas as condições estabelecidas na competente legislação, o que faz por obstar o trânsito em julgado do feito. É de se concluir, portanto, que “igualmente, não há que se falar em trânsito em julgado, e, assim que verificada a falta equivocada do duplo grau de jurisdição, os autos devem ser remetidos de ofício ao Tribunal” (MARINONI; MITIDIERO, 2011, p. 452). A legislação assim dispõe:

Artigo 475: Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública.” (CPC/73)

“Artigo 496: Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal. (CPC/15)

Seguindo na análise das prerrogativas legais, verifica-se a existência da dilatação de prazos. Os prazos processuais diferenciados encontram guarida no art. 183 do novo diploma legal, havendo a ressalva, no parágrafo segundo do artigo mencionado de que será inaplicável o prazo dobrado quando houve um prazo legalmente estabelecido de forma expressa:

Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público **gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais**, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

§ 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.

§ 2º **Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio** para o ente público.

O legislador estabeleceu, conforme se vê no excerto da legislação, a diferenciação de prazo – em dobro – para as manifestações da Fazenda Pública. Anteriormente, o Código de 1973 estabelecia prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer. A razão de ser dessa diferenciação encontra guarida no interesse público, expondo SILVA que:

Não se pode olvidar, nesse diapasão, que a boa defesa da Administração privilegia o interesse público. Esclareça-se, uma resposta judicial digna em patrocínio judicial da Administração afora sua grande importância na proteção ao erário, o que é do interesse geral, apresenta relevância basilar para que a Administração, quando equivocada, possa voltar aos trilhos da juridicidade. (SILVA, 2012, p. 808)

Demais disso, é sabido que a Fazenda Pública encontra-se presente em boa parte das relações processuais em curso, seja como autora ou ré. Nesse contexto, a dilação de prazos caracteriza-se como condição imprescindível à igualdade material no processo, haja vista que as procuradorias jurídicas acompanham grande número de demandas judiciais – e, também, extrajudiciais.

A dilação de prazo justifica-se, outrossim, pela complexidade de demandas que envolvem a Fazenda Pública, as quais necessitam de prazo considerável para estudo e análise. Registre-se, na oportunidade, que a redução de prazo para contestar, passando de quádruplo para em dobro, implicará na gestão administrativa, da qual se aguardará o devido atendimento aos pleitos de informações oriundos das procuradorias jurídicas, mormente frente à nova disposição de prazo. Frise-se que o prazo em dobro é a regra, não sendo aplicável quando a lei dispuser outro prazo para a Fazenda Pública.

Reforçando a ideia de necessidade de prazo diferenciado, oportuno consignar o ensinamento de Marco Aurélio Ventura Peixoto:

A Fazenda Pública não reúne, para sua defesa em juízo, as mesmas condições que tem um particular na tutela de seus interesses, já que mantém uma burocracia inerente à sua

atividade, como dificuldade em ter acesso aos fatos, elementos e dados da causa. (PEIXEITO, 2012, p. 49)

No que tange à forma de cumprimento da sentença desfavorável à Fazenda Pública, o CPC/15 reserva o Capítulo V para dispor sobre o tema. A execução de título judicial na qual a Fazenda figure como devedora passa a ser tratada como mais uma fase do processo, isto é, fase de cumprimento, sendo desnecessária uma nova ação com vistas à execução.

Tem-se que no regime processual civil anterior, a Fazenda Pública era citada para a oposição de embargos. Atualmente, deverá ser requerido pelo credor o cumprimento de sentença com a intimação da devedora para apresentar a sua impugnação. O tema em questão encontra-se disciplinado no artigo 534 do novo CPC. Tal dispositivo processual deve ser interpretado em consonância com as regras especiais conferidas à Fazenda Pública, pois esta ocupa posição diferenciada das demais pessoas físicas e jurídicas de direito privado.

A Fazenda Pública, portanto, é dotada de algumas prerrogativas que lhe conferem um tratamento diverso daquele que é dado aos particulares. Tendo em vista que a Fazenda Pública atua no processo em virtude da existência do interesse público, é o mencionado interesse público que justifica a atuação processual mais otimizada e ampla, evitando condenações que gerem prejuízos ao erário.

É nesse sentido que são concedidas prerrogativas processuais à Fazenda Pública para que o erário seja preservado. Frise-se que tais prerrogativas da Fazenda Pública, de igual modo, possuem fundamento no princípio da Igualdade, insculpido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

O já mencionado artigo 534 do Código de Processo Civil de 2015 versa sobre o instituto voltado para o reconhecimento da exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda. Desse modo, não é mais necessária a propositura de um processo autônomo para executar o que é devido, devendo ser efetuado em fase de cumprimento. Assim sendo, observa-se que o pagamento de quantia certa deverá ser precedido de documentação arrolada no art. 534:

Art. 534. No cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito contendo:

I - o nome completo e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do exequente;

II - o índice de correção monetária adotado;

III - os juros aplicados e as respectivas taxas;

IV - o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados;

V - a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso;

VI - a especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados.

§ 1º Havendo pluralidade de exequentes, cada um deverá apresentar o seu próprio demonstrativo, aplicando-se à hipótese, se for o caso, o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 113.

§ 2º A multa prevista no § 1º do art. 523 não se aplica à Fazenda Pública.

Note-se, ademais, que ao exequente (credor) caberá o ônus de detalhar o crédito; em se tratando de mais de um credor, o valor deverá ser individualizado. Tais disposições ensejam num adequado direcionamento do patrimônio público com vistas ao pagamento da condenação judicial, além de se possibilitar um exercício da ampla defesa por parte da Administração Pública.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o processo de execução continuou existindo, todavia, aplicando-se somente nos casos que versarem sobre título executivo extrajudicial. Destarte, quando o título de crédito é proveniente de meio judicial, a modalidade cabível para buscar a satisfação do direito é pelo cumprimento de sentença. Após o trânsito em julgado da sentença, o devedor deverá pagar a importância líquida determinada dentro de quinze dias. Caso não seja dessa forma cumprido, ou tenha sido depositado valor insuficiente, proceder-se-á à execução, com a aplicação de multa correspondente a 10%, exposta no artigo 523, §1º, do aludido Código. Saliente-se que o executado terá o prazo de quinze dias para oferecer impugnação sobre o valor, caso não ocorra o pagamento voluntário.

Abordando a temática relacionada ao processo, são precisas as palavras do saudoso Ministro Teori Zavasck no sentido de que:

A função de todo o processo é a de dar a quem tem direito tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito. No que se refere especificamente ao processo de execução, que se origina invariavelmente em razão da existência de um estado de fato contrário ao direito, sua finalidade é a de modificar esse estado de fato, reconduzindo-o ao estado de direito e, desse modo, satisfazer o credor. Este, por sua vez, tem interesse em que a satisfação se dê em menor tempo possível e por modo que assemelhe a execução forçada ao cumprimento voluntário da obrigação pelo devedor. (ZAVASCKI, 2004, pg. 91 e 92).

Entretantes, tratando-se de arguição, por parte do Poder Público, de inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação, de modo a impugnar a execução, reza o § 5º que:

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Nessa hipótese, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo implicará em vício capaz de afastar o cumprimento da sentença que neles se fundamentou. O código dispõe que se a decisão do Supremo Tribunal Federal houver sido proferida após o trânsito em julgado da sentença que originou a execução, caberá ação rescisória (§ 8º do art. 535). Referido dispositivo guarda consonância com a doutrina constitucionalista brasileira e resguarda o interesse coletivo – representado pela Fazenda Pública.

Com relação os honorários advocatícios, o CPC/2015 trouxe foi inovador ao dispor no art. 85, § 3º regra específica e objetiva, tanto em decisões contrárias ou favoráveis ao Poder Público, readequando os critérios referentes aos honorários de maneira a reajustar e contemplar de maneira justa a remuneração dos advogados, com a previsão de percentuais mínimos e máximos de acordo com o valor envolvido em cada causa, o que trouxe a necessária racionalidade ao sistema, mormente com a possibilidade de majoração dos honorários em casos de recursos manejados pelas partes.

O art. 85, §3º, do CPC aduz inovação que muitos operadores do Direito, sobretudo os advogados, lutavam para conseguir, qual seja, o estabelecimento de honorários de sucumbência contra a Fazenda Pública, que, apesar de ser legal, muitos juízes não concediam, ou os fixavam em valores irrisórios.

Todavia, sob a égide do Código Processual Civil de 2015, não há mais a possibilidade de se decretar, como honorários advocatícios, valor menor que 10% quando compreender até 20 salários mínimos o valor da causa. Ocorre que, face ao constante do artigo 85, §3º, do Código de 2015, deve-se respeitar a porcentagem predisposta correlacionada com o valor da causa, havendo a apreciação equitativa do juiz somente nas ações de quantia inestimável.

Os critérios adotados pelo CPC/2015 poderão configurar em um importante filtro para garantir a efetiva promoção dos direitos dos jurisdicionados nas demandas judiciais em que forem vencedores. Trata-se, portanto, de uma análise econômica do direito que a Fazenda Pública deverá realizar para verificar se, em processos em que há o reconhecimento do mérito favorável à parte contra qual litiga, seria viável economicamente a interposição de recurso quando flagrante a possibilidade de insucesso, isto é, deve-se analisar o impacto financeiro no orçamento público que a adoção de medidas judiciais procrastinatórias eventualmente poderiam ter e se realmente é recomendável protelar a satisfação do direito já conquistado pelo jurisdicionado.

5 CONCLUSÃO

A nova sistemática processual apresentada pela Lei nº 13.105, de 16.03.2015, acarretará mudanças para as partes no processo, sobretudo para a Fazenda Pública. Note-se que o espírito da citada legislação é de concretizar a efetividade processual, estabelecendo-se modificação das prerrogativas conferidas ao Poder Público.

As prerrogativas não foram extintas, mas readequadas à realidade processual. Conclui-se, portanto, que o resultado desse novo paradigma será, em regra, uma vantagem para o erário e, por conseguinte, para toda a sociedade.

A pesquisa motivadora do presente trabalho resulta em uma conclusão na qual é possível inferir que houve um favorecimento razoável e justificável à Fazenda Pública em sua atuação em juízo, além, também, de notar que a jurisprudência contribui mais para o trâmite processual em que a Fazenda Pública é parte do que a legislação propriamente dita, algo que o vigente CPC almeja corrigir.

A título exemplificativo, o atual Código de Processo Civil modificou veementemente o procedimento adotado pelo CPC/73 no que concernia o processo

de execução contra a Fazenda Pública, conforme a dicção de seu art. 730. Não há mais, dessarte, a necessidade de ser instaurado um processo autônomo de execução, com a citação da Fazenda Pública para a oposição de embargos, mas será requerido pelo credor o cumprimento de sentença, com a intimação da devedora para apresentar a sua impugnação. É ônus do exequente a apresentação do crédito discriminado, havendo necessidade do trânsito em julgado para a expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor, conforme o disposto no art. 100 da Constituição Federal.

Haja vista que o Poder Público em juízo representa a própria sociedade, defendendo não só um interesse particular, mas o interesse patrimonial compreendido no seio social, percebe-se a sua relevância na esfera jurídica. Assim, merece ser contestado o fato de as reformas ocorridas nos institutos mencionados configuram o necessário para efetivar a celeridade processual ou se se utilizaram das prerrogativas como forma de justificar a demora na prestação jurisdicional.

As prerrogativas concedidas à Fazenda Pública, entretanto, são a própria aplicação do princípio da igualdade, porquanto os institutos são imprescindíveis à garantia da igualdade entre o particular e o Poder Público, vez que a relevância prática discutida no bojo de uma demanda judicial envolve o interesse patrimonial da sociedade como um todo.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>> . Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil: Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Senado. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/177828>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. **Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Brasília: Senado. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>> Acesso em: 15 jul. 2019.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Poder Público em Juízo**. 1. Ed. Salvador: JusPODVM, 2011.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, M. S. Z.; RIBEIRO, C. V. A. (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **As Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública e Vicissitudes Quanto aos Prazos Diferenciados Previstos no art. 188 do CPC**. Revista dos Tribunais. RT 844. Terceira Seção. p. 70. Fev. 2006.

CUNHA, Leonardo Carneiro Da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo**. 3. Ed. São Paulo: RT, 2011.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. Debates em Direito Público. **A Fazenda Pública no Novo Código de Processo Civil**. Revista de Direitos dos Advogados da União. Ano 11, n. 11, p. 49, out. 2012.

SILVA, Luiz Antonio Miranda Amorim Silva. A Fazenda Pública e o Novo CPC. In: Lucas dos Santos Pavione; Luiz Antonio Miranda Amorim Silva. (Org.). **Temas Aprofundados AGU**. v. 1. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 801-829.

ZAVASCKI, Teori. Processo de Execução. 3. Ed. São Paulo: RT, 2004. p. 91 e 92. Apud MEDEIROS NETO, Elias Marques de; FERNANDES GOMES, Ricardo Vick. **Principais mudanças no cumprimento de sentença com o novo Código de Processo Civil**.

DA APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS POR POLICIAIS MILITARES

RODRIGO DOS SANTOS ANDRADE: Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR); especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR); especialista em Gestão Pública com ênfase em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG); bacharel em Direito pelo Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR). Pesquisador do Grupo de Pesquisa "Reconhecimento e Garantia dos Direitos da Personalidade" vinculado ao Programa de Mestrado da Unicesumar; atualmente é servidor público do Estado do Paraná e professor do Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR). e Faculdade Santa Maria da Glória (SMG).

HAROLDO SOUZA SILVA
(autor) [1]

RESUMO: Este trabalho versa sobre o instituto de mediação de conflitos como um caminho a ser alcançado. Para o desenvolvimento deste estudo, utilizou-se de pesquisa bibliográfica elaborando-se uma fundamentação teórica com base em obras de autores renomados, entre livros e artigos. Introduz uma estrutura teórica acerca do instituto, apresentando o seu conceito, princípios e aplicabilidade, mostrando o seu universo de atuação e suas etapas compreendidas em uma sequência de procedimentos. Em seguida, apresenta a figura do policial como mediador sendo um profissional responsável e altamente capacitado para realizar tal função.

Palavras-chave: Justiça. Mediação. Conflitos. Aplicabilidade.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho busca através de pesquisa quantitativa, se utilizando do método indutivo, para mostrar a possibilidade da utilização da mediação por policial militar em seu trabalho. Será abordado todo o tema sobre mediação; o contexto histórico, a definição, a problemática da aplicação e os resultados da aplicação realizada por policial militar.

Entende-se que o uso da mediação pelo policial militar como um grande avanço social na busca pela pacificação social e resolução de conflitos

existentes. Portanto, pretende-se verificar a possibilidade do uso da mediação extrajudicial pelo policial e, a aplicabilidade do instituto, verificando em quais casos poderá ser aplicada a mediação, e os resultados possíveis da utilização do instituto.

Hoje não se utiliza a mediação extrajudicial pelo policial militar. Diante de esse contexto buscar-se-á verificar se o policial pode se utilizar da mediação, e de que forma pode ser utilizado o instituto. E também verificar se o policial precisará de treinamento para o emprego da mediação e demonstrar quais podem ser as consequências do uso da mediação pelo policial para a sociedade.

Defende-se que a utilização da mediação por este profissional da segurança pública é de fundamental importância para a solução de conflitos existentes na sociedade. Conflitos de diversas naturezas, como por exemplo; conflitos familiares, conflitos decorrentes de relação comercial e das relações humanas no cotidiano.

Propõe-se verificar a aplicação da mediação seus princípios e aplicabilidade bem como delinear sobre a mediação feita por policial militar e a sua utilização para que assim se possam resolver os conflitos existentes de forma mais eficaz, rápida e abrangente possível.

Propiciar ao policial militar o instituto da mediação para que consiga ter dessa forma uma ferramenta que fará com que esse profissional resolva os conflitos existentes lhe proporcionando satisfação profissional e reconhecimento pelo mérito de seu trabalho.

2 A MEDIAÇÃO: DEFINIÇÕES, PRINCÍPIOS E APLICABILIDADE EFICAZ NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

O termo mediação procede do latim *mediare* que significa mediar, dividir ou intervir, colocar-se no meio. Esse meio de intervenção é caracterizado pela forma pacífica e não-adversarial de buscar a solução de conflitos. Decorrente da ação mediadora de um terceiro indivíduo que seja neutro, as partes envolvidas constroem, elas mesmas, suas próprias decisões.[2]

De acordo com John W. Cooley:

A mediação pode ser definida como um processo em que um terceiro desinteressado (ou parte neutra) ajuda os contendores na consecução de um acerto voluntário quanto a suas diferenças por meio de um acordo que pauta seu comportamento futuro.[3]

tem-se a definição legal, o Projeto de Lei nº 94, de 2002:

Art. 2º Para fins desta lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual.[4]

Renovando, instituiu-se a Lei Nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe:

Sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.[5]

A mediação é um instituto que busca facilitar o diálogo entre as pessoas, possibilitando uma solução pacífica para o conflito existente entre elas. Está presente dentro dos preceitos legais existentes e, de forma alguma, como meio alternativo, tenta afastar a utilização do processo judicial e tampouco ser um substituto do judiciário.[6]

As partes recorrem à mediação quando acreditam que poderão chegar a um acordo com o auxílio de um terceiro e estão conscientes de que terão de manter uma relação contínua após a resolução do conflito.

Na visão de Malvina Ester Muszkat, “mediação é uma transdisciplina voltada para o estudo da pacificação dos conflitos nas inter-relações íntimas e sociais” [7] Para a autora, o exercício da mediação implica em se apropriar do resumo de diversos saberes, uma vez que se busca promover um acordo entre as pessoas em conflito. Para tanto, o mediador deverá ter uma formação que lhe forneça conhecimentos afetos às inúmeras áreas do saber, tais como psicologia, direito, sociologia, filosofia e teoria da comunicação[8].

Ao escolher solucionar problemas pela mediação, as partes recuperam o diálogo, o que facilita o entendimento que satisfará as suas necessidades.

Serpa utiliza-se da argumentação de Arrow Kenneth:

Mediação é uma alternativa à violência, que permite às partes conflitantes se encontrarem nos problemas que envolvem a

disputa, abstraindo-se de seus sentimentos e posições e da própria pessoa do opositor. É uma opção de autoajuda baseada no poder de cada parte. Pode ser definida como um processo no qual os participantes, com a assistência de uma ou mais pessoas, sistematicamente, isolam questões em disputa para desenvolver opções, considerar alternativas, e alcançar uma decisão baseada em consenso, que possa atender às necessidades das partes.[9]

Com respeito a essas definições, é possível afirmar que a mediação é um procedimento cujas partes buscam a solução de suas controvérsias, resgatando a comunicação e o entendimento mediante a intervenção de um terceiro imparcial, que as auxiliará na compreensão das circunstâncias reais do problema, permitindo que as próprias partes analisem de forma mais racional e equilibrada o problema e, conseqüentemente, encontrem uma solução satisfatória para o conflito em questão[10].

A mediação deve ser trabalhada ao lado do processo como um filtro, em que somente nos casos em que as partes não resolverem seus conflitos por si só, estas se utilizarão do processo judicial.[11]

O objetivo mais claro é o da solução de conflitos que se dá de modo especial, através do diálogo e a justiça é alcançada não por uma decisão judicial, em que o juiz é que determina quem está certo e quem está errado e sim a resultante de um acordo, "portanto a justiça é feita".[12]

Na mediação têm-se ambos ganhadores, o que não é comum ao contexto social, pois, as partes querem ganhar do outro a qualquer preço. Nesse sentido afirma Dora F. Schnitman:

Nossa cultura privilegiou o paradigma ganhar-perder, que funciona como uma lógica determinista binária, na qual a disjunção e a simplificação limitam as opções possíveis. A discussão e o litígio – como métodos para resolver diferenças – dão origem a disputas nas quais usualmente uma parte termina ganhadora e outra perdedora. Essa forma de colocar as diferenças empobrece o espectro de soluções possíveis, dificulta as relações entre as pessoas envolvidas e gera custos econômicos, afetivos e relacionais.[13]

Quando se trabalha com o ganha-ganha, favorecendo os dois lados, obtém-se a "superação dos preconceitos e das discriminações geradas pela diversidade".[14]

A comunicação é essencial no processo de mediação, posto que nada possa deixar de ser esclarecido. Um dos maiores responsáveis pelo conflito é a falta ou a má comunicação que, na maioria das vezes, traz sérios problemas de relacionamento entre as pessoas. [15]

A mediação com o papel de solucionar as controvérsias é também uma grande aliada na inclusão social quando devolve ao cidadão a capacidade de dialogar e de solucionar o seu próprio conflito. Nesse momento é que o indivíduo percebe que em suas mãos está a mudança da realidade da sua vida[16].

A mediação de conflitos é um instituto comprometido com a paz social, posto que esteja fundamentada no diálogo, na solidariedade, na cooperação e no empenho de incentivar os indivíduos a participarem ativamente na decisão de seus problemas.[17] Preza-se pela responsabilidade das partes sobre a solução da controvérsia, pois o que se busca é a conservação da relação que deverá continuar a existir entre as partes.

Durante o processo de discussão, o mediador deve atuar de forma a facilitar o diálogo, esclarecendo e permitindo que os indivíduos em conflito possam compreender melhor as circunstâncias, sem agressões verbais e sempre por intermédio de uma comunicação justa, gentil e pacífica.

A mediação considera o conflito como algo natural, próprio do relacionamento humano e indispensável ao aprimoramento das relações, servindo assim, como um veículo importante para se resgatar a harmonia das relações pessoais e sociais, reconstruindo o indivíduo em conflito, devolvendo-lhe a dignidade e a capacidade para resolver os seus próprios problemas.

2.1 PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO

A palavra princípio deriva do latim *principium*, que tem o significado de origem, começo, início de qualquer coisa. Trata-se de uma proposição constitutiva de ponto de partida de um sistema. É o princípio que dá sentido e orientação a um sistema, posicionando-se sobre todas as demais regras.[18]

Como a mediação é baseada num acordo de vontade e ultrapassa a solução do conflito, uma vez que transforma o contexto adversarial em contexto de paz, ela é seguida de princípios básicos que norteiam os procedimentos e o instituto.

No estudo do tema de mediação, os princípios assumem privilégios de extrema importância. Os padrões éticos em que se sustenta o processo de mediação são os seus princípios definidores, dos quais resulta a sua credibilidade.[19]

São princípios definidores da mediação:

- a) Princípio da Voluntariedade das Partes - Esse é um princípio fundamental na mediação, pois, a sua prática só ocorre se as partes estiverem dispostas a resolver o conflito de modo não-adversarial. A voluntariedade é uma opção que significa a conquista de direitos e o comprometimento com a responsabilidade.[20]
- b) Princípio da Imparcialidade - diz respeito ao mediador, que deve estar ciente de que a imparcialidade é condição essencial ao processo de mediação. Ele deve compreender as necessidades e realidade dos mediados, sem permitir que os seus valores ou convicções pessoais interfiram no processo de mediação, devendo ser neutro.[21] A imparcialidade é fundamental no processo da mediação.[22]
- c) Princípio da Confidencialidade - consiste em que todos os fatos, situações e propostas ocorridas durante a mediação sejam sigilosos. Em nenhuma hipótese o mediador poderá revelar os fatos informados pelas partes durante a sua atividade.[23] O direito ao sigilo procura deixar à salva os envolvidos de ter reveladas informações comprometedoras da sua intimidade.[24]
- d) Princípio da Não-Competitividade ou Adversidade - é um princípio que faz a diferença em relação ao processo judicial, já que as partes entram no processo mediador buscando resultados sem se colocar em posição de competição com a outra.[25] A não competitividade possibilita que as partes se reaproximem e continuem tendo a mesma relação que tinham antes do surgimento do conflito.
- e) Princípio da Oralidade - as partes têm, durante o processo, a oportunidade de debater os problemas até encontrarem uma solução que seja satisfatória para ambas. Esse princípio busca restaurar e a conservar o relacionamento entre os envolvidos.[26]
- f) Princípio da Autonomia das Partes - esse princípio só é encontrado na mediação, sendo que somente as partes envolvidas no problema é que encontrarão as alternativas para solucionar a lide, Resgatando a cidadania, uma vez que devolve aos indivíduos a consciência da importância e do valor social que eles têm em relação a suas próprias decisões.[27]

É necessário salientar a importância dos princípios no instituto da Mediação, pois são eles que irão orientar os operadores do direito quando esses forem interpretar as normas.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção, a princípio, implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade.[28]

2.2 APLICABILIDADES DA MEDIAÇÃO

Constata-se que é possível a aplicação da mediação em diversas áreas e se faz necessária à realidade social.

A condição da sociedade e do judiciário conduz à prática dessa modalidade de resolução de conflitos. Seu universo de atuação é bastante vasto, alcança questões do cotidiano, tais como discussões familiares, entre casais, pais e filhos, irmãos, e entre vizinhos e comunidade, envolvendo questões de propriedade, posse; divergências entre membros de instituições de ensino ou lazer, envolvendo a manutenção ou a melhoria da convivência; questões patrimoniais, direitos autorais, danos pessoais; de responsabilidade civil; no âmbito comercial e empresarial, controvérsias entre sócios, dissolução de sociedades, divergências entre clientes e fornecedores, devedores e credores, franquias, etc. Questões públicas e conflitos sociais; conflitos internacionais. Cada modalidade de conflito envolve pensamento, técnica e estratégias específicas.[29]

Verifica-se que a mediação pode ser aplicada em quase todos os ramos do Direito, como por exemplo, em: conflitos familiares, comerciais e empresariais.

A mediação no campo familiar é um complemento ideal de auxílio à justiça nos conflitos que decorrem da área da família.^[30] São inúmeros os processos judiciais que abrangem casos de separação, divórcio, dissolução de união estável, pensão alimentícia, guarda, visitas, tutela, curatela, perda ou suspensão de poder familiar e outros. São conflitos familiares que são transformados em litígio processual e muitos deles não chegam a ser solucionados por sentença judicial. Isso se comprova pelo retorno das partes à justiça pela inconformidade da solução ou pelo descumprimento da sentença. Enfim, desavença familiar traz questões de ordem emocional, envolvendo sentimentos afetivos, relacionais e psicológicos que dificultam o judiciário no momento de elaborar uma sentença que seja satisfatória e eficaz aos interesses das partes.^[31]

A mediação é o método mais indicado, mais digno para se enfrentar os conflitos familiares. É mais indicada, pois, incentiva a comunicação entre as partes contribuindo para a formação de uma nova relação, preservando os laços familiares, apesar da ruptura conjugal. Como a mediação está estruturada de forma a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas, ela é a mais apropriada para solução dos litígios de família^[32].

A mediação familiar passa a ser o melhor meio de solucionar conflitos, possibilitando que as partes resolvam seus problemas com mais maturidade, fazendo-os repensarem sobre a nova postura que ambos deverão adotar, a fim de evitar situações de desconforto e prejuízo emocional.

Como instrumento de resolução de conflitos na área comercial e empresarial a mediação é usada para ajudar nas soluções negociais de qualquer natureza, que vão desde um simples desacordo gerado em decorrência de contratos comerciais até disputas mais técnicas que necessitam de solução rápida e sigilosa.^[33]

Atua também dentro das organizações, tratando de disputas entre os colaboradores, equipes ou departamentos, pelos quais existe um gestor responsável. Normalmente a mediação trabalha sobre conflitos cujas causas têm as seguintes origens: criações de órgãos e cargos, ingresso de novos colaboradores, fusões entre empresas, aquisições e incorporações de empresas, operações conjuntas entre empresas (parcerias) e mudanças de paradigmas no tocante às formas de relação com o mercado.^[34]

Em empresas familiares, a mediação é altamente recomendável, pois nelas existe a superposição entre os sistemas empresarial e familiar e os interesses muitas vezes são opostos, incompatíveis e precisam ser negociados, evitando assim a falência na terceira geração, que é decorrente da resistência, da inclusão de profissionais externos que zelem por uma boa gestão, da manutenção do produto inaugurado ou criado pelo fundador. O sucesso de uma empresa familiar está pautado na separação entre laços afetivos e empresariais e na diversidade de seus produtos. A mediação proporciona às empresas familiares diálogos produtivos, auxiliando a separar a relação afetiva da empresarial, facilitando a negociação, a comunicação.^[35]

Por melhor que uma empresa seja governada, os conflitos sempre existirão e os investidores precisam dispor de um método de defender seus direitos e lidar com as disputas em prazos e custos razoáveis. O melhor método é o alternativo, fora da esfera judicial, ou seja, a negociação, mediação e a arbitragem.

2 MEDIAÇÃO UTILIZADA POR POLICIAL MILITAR

O mediador deve possuir qualidades técnicas e operacionais para que consiga conduzir a mediação de forma que as partes possam expor todas às suas verdades uma para as outras. Devendo o mediador seguir todas as etapas da mediação, pois se trata de um instituto muito bem estruturado. A mediação é um processo formal, político, estratégico e negocial.

A lei da mediação (nº 13.140/2015), diz que os mediadores extrajudiciais devem possuir alguns requisitos como; confiança das partes e capacidade técnica para a realização da mediação extrajudicial. O dever do mediador é de proporcionar às condições necessárias para que as partes possam voltar a se comunicar, e garantindo que os respectivos interesses sejam preservados, o mediador deve ter responsabilidade na condução das negociações para que se obtenha êxito[36].

O mediador não precisa de formação superior, basta ter a confiança das partes para pode realizar a mediação extrajudicial, já aos conciliadores é exigido nível superior curso de formação como também cadastro no tribunal para mediadores judiciais[37]. Segundo Luiz Antonio Scavone Junior:

Os mediadores extrajudiciais não necessitam de qualquer formação superior, bastando à confiança das partes (art. 9º da Lei 13.140/2015). Cadastro nacional e no tribunal de atuação para conciliadores/mediadores judiciais e câmaras de conciliação (art. 167 do CPC): necessária para a atuação judicial. Requer-se capacitação mediante curso promovido por entidades credenciadas pelos tribunais com currículo definido pelo CNJ e pelo Ministério da Justiça[38].

O policial militar, possui todos os requisitos na legislação brasileira, podendo dessa forma atuar e auxiliar as partes em uma melhor forma de resolverem o conflito achando os interesses pessoais e criando no processo uma empatia entre os envolvidos. E necessário que seja fornecido a esse profissional da segurança pública todos os meios necessários para atuar na mediação, pois, a resolução de conflito exige um amplo conhecimento, se utilizando de diversas fontes para que seja aplicada de forma eficaz, como diz Roberto Portugal Bacellar:

A mediação é única. Além de outras qualificações, ela representa um método adequado para tratar de situações complexas (emocionais, relação de vários vínculos) e consiste em processo, que como tal tem de ser desenvolvido, passo a passo, com planejamento, com técnica e visão interdisciplinar. Em face da complexidade dos conflitos e da concepção das

peças sobre sua ocorrência, a mediação buscará na psicologia, na sociologia, na antropologia, na filosofia, na matemática e na física quântica os conhecimentos que possam fortalecer sua aplicação[39].

O processo da mediação quando bem realizado contribui para que os envolvidos consigam compreender melhor todo o contexto do conflito melhorando a forma que lidam com os problemas ou divergências futuras, tendo inclusive um melhor entendimento do sistema judiciário[40].

Com a utilização da mediação pelo policial militar também se conseguirá uma economia processual, contribuindo desse modo com o poder judiciário e consequentemente com a sociedade civil organizada[41]. Proporcionando aos litigantes uma oportunidade de resolver o conflito.

E o policial militar sendo treinado para se utilizar das técnicas de mediação contribuirá de forma significativa para a resolução dos conflitos existentes, haja vista que o policial militar já atua diretamente nos conflitos sociais em forma de orientação.

3 CONCLUSÃO

A mediação é um meio consensual de solucionar os conflitos, no qual um terceiro imparcial (mediador) auxilia as partes, no sentido de facilitar o diálogo, fazendo com que compreendam as circunstâncias reais do problema, encontrando, elas próprias, a solução pacífica para a controvérsia em questão. Portanto, a mediação é um método alternativo que se predispõe a estabelecer, entre partes em conflito, uma ponte efetiva para a solução dos problemas sem que seja necessária a utilização dos meios convencionais de acesso à justiça.

A mediação é um instituto comprometido com a paz social. A disputa não existe, por isso, não se tem a figura do ganhador e do perdedor como nos procedimentos jurídicos tradicionais. É também uma grande aliada na inclusão social, resgatando o sentimento de cidadania quando devolve ao indivíduo a responsabilidade de seus atos e o controle de poder solucionar os seus próprios problemas.

No Brasil, a resolução de conflitos por meio da mediação vem crescendo no campo familiar, cuja mediação passa a ser o método mais digno, possibilitando que as partes resolvam seus problemas com maturidade, incentivando a comunicação, contribuindo para a formação de uma nova relação, a fim de preservar os laços familiares.

A mediação feita pelo policial necessita de um novo modelo de polícia, que seja mais presencial e assistencial, sendo fundamental que esteja preparada para mediar conflitos diversos do cotidiano, de forma a prevenir a violência e preservar a segurança dos cidadãos, buscando gerir de forma pacífica e positiva o conflito, com intuito de preservar a paz na comunidade onde atua.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tânia. A mediação em empresas familiares: do manejo de conflitos à sucessão. In: OLIVEIRA, Ângela. **Mediação**: métodos da resolução de controvérsias. SP: LTR, 1999.

ARAUJO, Ana Katia de França. Mediação familiar: uma análise na separação de casais com filhos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 162, jul 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19202>. Acesso em 22/06/2019.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRAGA NETO, Adolfo. Os advogados, os conflitos e a mediação. In: OLIVEIRA, Ângela. **Mediação**: métodos de resolução de controvérsias. São Paulo: LTr, 1999, p. 95.

BRASIL. **Lei Nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm> Acesso em 29/12/2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 94, de 2002** que Institucionaliza e disciplina a mediação. Brasília. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 29/03/2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASTRO, Luis Fernando V. de. **A mediação como um direito fundamental na solução de conflitos**. Universidade Metodista de Piracicaba, 2017. Dissertação (Pós-graduação, Curso de Mestrado em Direito). Disponível em: <https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/docs/10102017_172608_luizfernandova_limdecastro_ok.pdf> Acesso em 22/06/2019.

CHAVES, André Severo. **A mediação como meio alternativo para resolução de conflitos**: uma análise sobre a Lei nº 13.140/2015 e o novo Código de Processo Civil. (2015). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45285/a-mediacao-como-meio->

alternativo-para-resolucao-de-conflitos-uma-analise-sobre-a-lei-n-13-140-2015-e-o-novo-codigo-de-processo-civil> acesso em 15/05/2019.

COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Tradução de René Loncan. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DAVIS, Edward P. Mediação no direito comparado. In: DELGADO, José. **Mediação**: um projeto inovador. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, Conselho da Justiça Federal, 2003.

FABREGUETTES, Luce apud LEMES, Selma Maria Ferreira. **Árbitro**: princípios da independência e da imparcialidade. São Paulo: LTr, 2001.

GALANO, Mônica Haydee. **Mediação** – Uma nova mentalidade. Mediação – Métodos de Resolução de Controvérsias. Nº 1. Coordenadora Ângela Oliveira. São Paulo: LTr, 1999.

KENNETH, Arrow 1995 apud SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris. 1999.

LEITE, Manoella F. **Direito de família e Mediação**: A busca para resolução pacífica na disputa de guarda dos filhos. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=436>>. Acesso em: 24/04/2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. A reinvenção da tradição do uso da mediação. In: WALD, Arnold. **Revista de arbitragem e Mediação**. São Paulo, Ano 1, nº 3, p.146, set/dez. 2004.

MERLO, Ana Karina França. Mediação, conciliação e celeridade processual. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12349&revista_caderno=21>. Acesso em 23/06/2019.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e Arbitragem**: alternativas à jurisdição! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MOREIRA, Sandra Mara Vale. **A mediação como instrumento da inclusão social**. Estudos sobre Mediação e Arbitragem. Rio - São Paulo - Fortaleza: ABC Editora, 2003.

MOTTA JÚNIOR, Aldemar de Miranda et.al. **Manual de Mediação de Conflitos para Advogados**. Ministério da Justiça Brasil, 2014, <http://camc.oabrp.org.br/camc/home/download/manual_mediacao.pdf> Acesso em 20/03/2019.

MUSZKAT, Malvina Ester. **Guia prático de mediação de conflitos em famílias e organizações**. 2.ed.rev. São Paulo: Summus Editorial, 2008.

OLIVEIRA, Ancelmo. **Mediação e Arbitragem como forma de solução de conflitos**. Sergipe. Disponível em: <http://cacb.org.br/mediação_arbitragem>. Acesso em: 28/03/2019.

OLIVEIRA, Ângela. Mediação familiar: método para reorganização e humanização de vínculos da família na separação/divórcio. In: _____. **Mediação**: métodos de resolução de controvérsias. São Paulo: LTr, 1999.

PINHEIRO, Dávila Tereza da Galiza Fernandes. **Mediação Familiar**: uma alternativa viável à resolução pacífica dos conflitos familiares. Belo Horizonte. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/artigos>>. Acesso em: 09 jan. 2009.

RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação e o direito de família. In: WALD, Arnold. **Revista de arbitragem e Mediação**. São Paulo, Ano 2, nº 6, p.75, setembro/dezembro 2004.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**: mediação e conciliação/Luiz Antonio Scavone Junior. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SCHNITMAN, Dora F. apud SALES, Lília Maia de Moraes. Justiça e Mediação de Conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 1999.

SOUZA, Paulo Márcio de. O papel da mediação negociada na qualidade e produtividade da Copel. Curitiba: Copel, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002.

YANIERI, apud RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação e o direito de família. In: WALD, Arnold. **Revista de arbitragem e Mediação**. São Paulo, Ano 2, nº 6, julho/setembro 2005.

NOTAS:

[1] Bacharel em direito pela SMG e servidor público..

- [2] SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 1999, p. 145.
- [3] COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**; tradução de René Loncan. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 24.
- [4] BRASIL. **Projeto de lei nº 94 /2002**, que institucionaliza e disciplina a mediação. Brasília. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 28/03/2019.
- [5] LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015.
- [6] RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação e o direito de família. In: WALD, Arnold. **Revista de arbitragem e Mediação**. São Paulo, Ano 2, nº 6, p.75, setembro/dezembro 2004.
- [7] MUSZKAT, Malvina Ester. **Guia prático de mediação de conflitos em famílias e organizações**. 2.ed.rev. São Paulo: Summus Editorial, 2008, p. 14.
- [8] MUSZKAT, Malvina Ester. **Guia prático de mediação de conflitos em famílias e organizações**. 2.ed.rev. São Paulo: Summus Editorial, 2008, p. 14.
- [9] KENNETH, Arrow 1995 apud SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris. 1999, p. 147.
- [10] MOTTA JÚNIOR, Aldemar de Miranda et.al. **Manual de Mediação de Conflitos para Advogados**. Ministério da Justiça Brasil, 2014, <http://camc.oabrij.org.br/camc/home/download/manual_mediacao.pdf> Acesso em 20/03/2019.
- [11] YANIERI, apud RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação e o direito de família. In: WALD, Arnold. **Revista de arbitragem e Mediação**. São Paulo, Ano 2, nº 6, julho/setembro 2005, p. 78.
- [12] DAVIS, Edward P. Mediação no direito comparado. In: DELGADO, José. **Mediação: um projeto inovador**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, Conselho da Justiça Federal, 2003, p 27.
- [13] SCHNITMAN, Dora F. apud SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p 29.
- [14] MUSZKAT, Malvina Ester. **Mediação de conflitos** – Pacificando e prevenindo a violência. São Paulo: Summus, 2003. p.35.

[15] GALANO, Mônica Haydee. **Mediação** – Uma nova mentalidade. Mediação – Métodos de Resolução de Controvérsias. Nº 1. Coordenadora Ângela Oliveira. São Paulo: LTr, 1999, p 110.

[16] MOREIRA, Sandra Mara Vale. **A mediação como instrumento da inclusão social**. Estudos sobre Mediação e Arbitragem. Rio- São Paulo- Fortaleza: ABC Editora, 2003, p. 201.

[17] _____. **A mediação de conflitos e a pacificação social**. Estudos sobre a Mediação e Arbitragem. Rio- São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2003, p.132.

[18] TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal**: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 225.

[19] MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. A reinvenção da tradição do uso da mediação. In: WALD, Arnold. **Revista de arbitragem e Mediação**. São Paulo, Ano 1, nº 3, p.146, set/dez. 2004.

[20] MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. A reinvenção da tradição do uso da mediação. In: WALD, Arnold. **Revista de arbitragem e Mediação**. São Paulo, Ano 1, nº 3, p.147, set/dez 2004.

[21] FABREGUETTES, Luce apud LEMES, Selma Maria Ferreira. **Árbitro**: princípios da independência e da imparcialidade. São Paulo: LTr, 2001, p. 57.

[22] SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 155.

[23] MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. A reinvenção da tradição do uso da mediação. In: WALD, Arnold. **Revista de arbitragem e Mediação**. São Paulo, Ano 1, nº 3, p.149, set/dez 2004.

[24] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p 445.

[25] SERPA, Maria de Nazareth. Op.cit, p 154.

[26] MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e Arbitragem**: alternativas à jurisdição! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p 148.

[27] LEITE, Manoella F. **Direito de família e Mediação**: A busca para resolução pacífica na disputa de guarda dos filhos. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=436>>. Acesso em: 24/04/2019.

[28] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 300.

[29] BRAGA NETO, Adolfo. Os advogados, os conflitos e a mediação. In: OLIVEIRA, Ângela. **Mediação**: métodos de resolução de controvérsias. São Paulo: LTr, 1999, p. 95.

[30] OLIVEIRA, Ângela. Mediação familiar: método para reorganização e humanização de vínculos da família na separação/divórcio. In: _____. **Mediação**: métodos de resolução de controvérsias. São Paulo: LTr, 1999, p.137.

[31] PINHEIRO, Dávila Tereza da Galiza Fernandes. **Mediação Familiar**: uma alternativa viável à resolução pacífica dos conflitos familiares. Belo Horizonte. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/artigos>>. Acesso em: 09 jan. 2009.

[32] ARAUJO, Ana Katia de França. Mediação familiar: uma análise na separação de casais com filhos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 162, jul 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19202>. Acesso em 22/06/2019.

[33] OLIVEIRA, Ancelmo. **Mediação e Arbitragem como forma de solução de conflitos**. Sergipe. Disponível em: <http://cacb.org.br/mediação_arbitragem>. Acesso em: 28/03/2019.

[34] SOUZA, Paulo Márcio de. **O papel da mediação negociada na qualidade e produtividade da Copel**. Curitiba: Copel, 1997, p. 33.

[35] ALMEIDA, Tânia. A mediação em empresas familiares: do manejo de conflitos à sucessão. In: OLIVEIRA, Ângela. **Mediação**: métodos da resolução de controvérsias. SP: LTR, 1999, p. 153.

[36] CHAVES, André Severo. **A mediação como meio alternativo para resolução de conflitos**: uma análise sobre a Lei nº 13.140/2015 e o novo Código de Processo Civil. (2015). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45285/a-mediacao-como-meio-alternativo-para-resolucao-de-conflitos-uma-analise-sobre-a-lei-n-13-140-2015-e-o-novo-codigo-de-processo-civil>> acesso em 15/05/2019.

[37] SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**: mediação e conciliação/ Luiz Antonio Scavone Junior. Rio de Janeiro: Forense, 2018.p.326.

[38] SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**: mediação e conciliação/ Luiz Antonio Scavone Junior. Rio de Janeiro: Forense, 2018.p.326.

[39] BACELLAR, Roberto Portugal; **Mediação e arbitragem**. São Paulo: ed. Saraiva, 2012, p.110.

[40] MERLO, Ana Karina França. Mediação, conciliação e celeridade processual. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12349&revista_caderno=21>. Acesso em 23/06/2019.

[41] CASTRO, Luis Fernando V. de. **A mediação como um direito fundamental na solução de conflitos**. Universidade Metodista de Piracicaba, 2017. Dissertação (Pós-graduação, Curso de Mestrado em Direito). Disponível em: <https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/docs/10102017_172608_luizfernandova_limdecastro_ok.pdf> Acesso em 22/06/2019.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA EFETIVIDADE JURISDICIONAL

ELISIANE KELLY REBUSSI:

Bacharelanda do curso de Direito pela
CEULM/ULBRA

RESUMO: Os direitos fundamentais surgiram com escopo de limitar e controlar os abusos do poder do Estado, e conseqüentemente assegurar aos cidadãos uma vida mais digna. São direitos que se modificam com a evolução e transformação da sociedade e sua principal função é atender às necessidades humanas. O presente artigo, tem como objetivo discorrer sobre o conceito e características dos direitos fundamentais da pessoa humana e sua aplicação na Constituição Federal, fazendo uma análise do contexto histórico e da aplicação destes princípios no direito Contemporâneo. A relevância deste trabalho está em compreender os principais obstáculos que impedem a efetividade dos direitos fundamentais no Brasil. Para a realização da pesquisa, utilizou-se o método de pesquisa exploratória, por meio de pesquisa bibliográfica através de leis e doutrinas presentes no ordenamento jurídico. Conclui-se que, para alcançar uma sociedade organizada mediante a implementação e eficácia dos direitos fundamentais, é necessário superar as dificuldades para efetivá-los, investigando possíveis soluções que atenuem ou erradiquem tais dificuldades de forma a assegurar a efetivação destes direitos.

PALAVRAS-CHAVES: direitos fundamentais, efetivação, aplicabilidade, limitações.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os direitos fundamentais e suas características. 3. A luta para efetivação dos direitos fundamentais. 4. As principais dificuldades para efetivação dos direitos fundamentais na contemporaneidade. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

1.INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são oriundos de um marco revolucionário que impulsionou o país, através de guerras e lutas sociais. A principal finalidade dos conflitos era o de conseguir a consolidação de tais direitos, buscando a dignidade da pessoa humana como pressuposto de existência. O poder Estatal precisava ser limitado, vez que, abusos eram cometidos dia a dia.

Foi em decorrência da Constituição de 1988 que os direitos fundamentais passaram a ter uma eficácia imediata, devendo ser aplicados imediatamente no ordenamento e conseqüentemente no mundo dos fatos. Essa eficácia imediata

consagra o respeito à dignidade humana, garantindo o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia.

Nesse sentido, inicia-se abordagem sobre o tema, delimitando seu contexto histórico até a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, onde os direitos fundamentais tiveram vigência e nortearam os seguimentos inerentes a esses princípios.

Assim, pretende-se discernir a funcionalidade de tais princípios no ordenamento jurídico brasileiro, com a finalidade de trazer um estudo dos aspectos do processo histórico de sua formação, seu tratamento no Brasil, assim como analisar suas características e funções.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS CARACTERÍSTICAS

O nível de democracia de um país se mede, principalmente pela importância que este tem sobre os direitos fundamentais, pois a democracia está intimamente ligada com a proteção e reconhecimento dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais possuem um papel determinante na sociedade, porque através deles é possível avaliar a autenticação de todos os poderes políticos, sociais e individuais. (JÚNIOR, 2009)

Quanto ao debate dos direitos fundamentais, Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 538) define o conceito dos mesmos como sendo “[...] posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas”. Neste mesmo sentido, José Afonso da Silva (2014) assegura que os direitos fundamentais também são prerrogativas que garantem uma convivência digna, livre, igual entre as pessoas, e além disso, trata-se de uma situação jurídica sem a qual a pessoa humana não se realiza e são fundamentais no sentido de não apenas serem reconhecidos pelo ordenamento jurídico, mas também em serem concretamente efetivados.

Os direitos fundamentais se constituíram na criação do Estado Constitucional fundado no reconhecimento das primeiras normas constitucionais, e são derivados da evolução da humanidade, a contar da concepção dos direitos inerentes do homem em razão de sua condição humana. Esses direitos vem acompanhado de

todo um processo histórico: lutas sociais, regimes políticos, progresso da ciência, da técnica e da economia. Contudo, tais direitos sempre estiveram apoiados na intenção constitucionalista de limitar o poder, vez que sempre foi da essência do homem usufruir dos seus próprios bens, ser livre, sem a interferência estatal, sendo os direitos fundamentais, portanto, direitos inerentes, preexistentes, cabendo ao ordenamento jurídico confirmá-los. (JÚNIOR, 2009)

Quanto á constituição e organização de tais princípios, Santos (2008. p. 185/186) conceitua como

Os princípios fundamentais são aqueles que evidenciam as “decisões políticas estruturais do Estado”. Dessa forma, são eles que estabelecem a base sobre a qual será erigida toda a nova concepção do ente estatal que surge em decorrência das opções políticas feitas pelo poder constituinte. No caso brasileiro, é possível asseverar que tais princípios estão arrolados no título I da Carta Constitucional brasileira em vigor já que indica a ideologia política abraçada pelo Constituinte de 1988. Entre os princípios fundamentais, podem ser mencionados: o democrático, o republicano, o do Estado de direito, o da soberania popular, o da cidadania, o da dignidade da pessoa humana, o federativo e o da separação de poderes.

A constituição de 1988, emanada pelo poder constituinte dispõe sobre os princípios constitucionais que devem adotar tendo em vista a garantia dos direitos fundamentais do homem, discernindo os direitos basilares já conquistados e assegurados à sociedade, dos direitos fundamentais amplos e significativos ao estado democrático de direito contemporâneo.

A finalidade dos direitos fundamentais é “construir instrumentos institucionais à defesa dos direitos dos seres humanos contra os abusos de poder cometidos pelos órgãos do Estado, ao mesmo tempo que busca a promoção de condições dignas da vida humana e de seu desenvolvimento.” (BARBOSA, 2006, p. 292). Sendo assim, “os direitos fundamentais, mais que direitos propriamente ditos, são processos, ou seja, o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida”. (FLORES, 2009, p. 34).

Pode-se dar aos direitos fundamentais as seguintes características essenciais: a universalidade, o caráter absoluto, a historicidade, a indisponibilidade, a constitucionalização, a vinculação ao Poder Público, a indivisibilidade, a aplicabilidade imediata, a eficácia, a efetividade, a imprescritibilidade e a

irrenunciabilidade. Além destas principais características, verifica-se a possibilidade de concorrência entre tais direitos, aplicando-se os princípios da proporcionalidade e da equidade para resolver conflitos entre eles, de forma a não sacrificar um em detrimento do outro.

Esta classificação é encontrada na maioria das obras dedicadas ao estudo dos direitos humanos, além de manuais de Direito Constitucional, sendo citadas as características consideradas essenciais.

3.A LUTA PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É necessário compreender que a luta pela efetivação destes direitos não acaba com a sua recepção jurídica e a instituição nos caputs da Constituição, e sim com sua concretização nas relações sociais. (FACHIN, 2007)

Aos poderes públicos incumbe a tarefa e o dever de extrair das normas que consagram os direitos fundamentais a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição. O gozo e a fruição dos direitos fundamentais continuam a depender exclusivamente de sua densidade normativa, forma de posituação e dos princípios de máxima efetividade e força normativa da constituição. (GEBRAN NETO, 2002, p. 155)

O núcleo do problema da efetividade das normas constitucionais concentra-se nos grupos dos direitos sociais, isso porque esses direitos estão vinculados a fatores tais como: disponibilidade econômica e integração de norma infraconstitucional. A partir daí, buscar-se-á encontrar as origens para o surgimento dos motivos de impedimentos à efetivação, pois os direitos fundamentais deveriam ser aplicados de forma plena, imediata e irrestrita, porém o texto constitucional não estabelece a todos esses direitos às condições para seu exercício. E, o encargo “[...] da atuação estatal em prol da promoção, do respeito e da proteção dos direitos fundamentais possui um campo amplo de tutela que se estende desde a sua própria não-ingêrência à seara individual até a proteção destes de transgressões de qualquer natureza praticada por quaisquer sujeitos.” (FACHIN, 2007, p. 99)

Na luta constante pela efetivação dos direitos fundamentais, é necessário encontrar a medida justa que permita adaptar a aplicação dos direitos fundamentais às novas realidades, respeitando a necessidade de cada época, e de cada caso concreto. Infelizmente percebe-se que os direitos fundamentais surgiram antes da criação de condições adequadas ao seu exercício. “Desse modo, as pessoas que lutam por eles acabam desencantadas, pois, apesar de nos dizerem que temos direitos, a imensa maioria da população mundial não pode exercê-los por falta de condições materiais para isso.” (FLORES, 2009, p. 33)

No que diz respeito à identificação das barreiras que amarram a aplicabilidade prática e direta dos direitos fundamentais, existem, independentemente da natureza destes elementos que obstaculizam sua tutela, bem como sua aplicação prática. (FACHIN, 2007, p.111)

Os direitos sociais inovaram, em muito, na questão da intervenção pública na área social, envolvendo significativas mudanças na estrutura tributária e nas atribuições do Estado, as quais acabaram por não serem efetivadas por falta de leis complementares ou por falta de uma mentalidade judicial tão obcecada pelos procedimentos formais, a ponto de não se preocupar com a solução dos litígios que explodem na realidade. (BARBOSA, 2006, p. 272)

Conclui-se que “somente a efetivação dos direitos fundamentais poderá superar a crônica instabilidade institucional brasileira, como o intuito de transformar a estruturas existentes, emancipando, assim, os cidadãos através da tolerância política e o avanço social.” (BARBOSA, 2006)

A chamada eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, ou seja, aquela que recai sob as relações intersubjetivas, assume particular relevância em tempos de globalização econômica, privatizações, incremento assustador dos níveis de exclusão e, para além disso, aumento do poder exercido pelas grandes corporações, internas e transnacionais (por vezes, com faturamento e patrimônio – e, portanto, poder econômico- maior que o de muitos Estados). Assim, além de atrelar ao Estado o dever geral de amparo e implementação dos direitos fundamentais, os particulares também são chamados, pela ordem constitucional, a comungar dessas obrigações, positivas ou negativas (FACHIN, 2007, p. 101).

O surgimento dos direitos fundamentais promoveu o controle dos abusos do poder do Estado, garantindo ao ser humano de uma vida mais digna. Entretanto, alguns dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988, infelizmente não são aplicáveis, na maioria das vezes pela própria inércia do Estado e em outras por falta de regulamentação.

Sendo a Constituição Brasileira democrática, tem como prioridade a implantação e o reconhecimento dos direitos fundamentais na modernidade, como respeito ao princípio da igualdade e da justiça social e o Estado tem o condão de planejar e efetivar estes direitos no contexto social, buscando solução mediante as dificuldades para efetivá-los, além de investigar possíveis soluções que atenuem ou erradiquem tais dificuldades.

4. AS PRINCIPAIS DIFICULDADES PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONTEMPORANEIDADE

É obrigação de todas as esferas de poder, a busca pelo cumprimento real dos preceitos da Constituição, porém, na realidade o que mais se vê, são obstáculos que impedem a fruição dos direitos fundamentais do cidadão.

Está atrelado à não efetivação destes direitos, a falta de regulamentação no intuito de encontrar perspectivas que permitam amenizar os problemas vinculados a aplicação dos mesmos. Ocorre, entretanto, que muitos dos direitos constitucionalmente previstos necessitam de medidas voltadas para o futuro e não apenas para a realidade atual, sendo necessário portanto, de projeção e investimentos para que a aplicação seja efetiva.

Com relação à não efetivação dos direitos fundamentais critica-se a conduta inerte do Estado, que somente pode se manifestar quando provocado. O Estado detém limitação dos recursos disponíveis para aplicação dos direitos fundamentais, essa limitação se dá diante das necessidades quase sempre infinitas a serem supridas. A Constituição, em seu artigo 5º, parágrafo 1º, determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, ou seja, não seria necessário aguardar a regulamentação de tais direitos para aplicá-los. Todavia, no mundo fático isso não ocorre e, diante da não auto-aplicabilidade da norma constitucional, as questões acerca dos direitos fundamentais, em especial a ausência de planejamento e implementação de políticas públicas pelo Executivo, tendem a serem encaminhadas ao Judiciário.

Para que haja a concretização dos direitos sociais por parte do Estado, há um gasto financeiro, isto é, a utilização de recursos para operar e efetivar estes direitos, como por exemplo, a construção e manutenção de escolas e hospitais (BULLOS,

2011). E assim nascem, ou são criados, obstáculos financeiros, limitações no orçamento, e obstáculos políticos.

O STF, em várias jurisprudências, já consubstanciou que quanto aos direitos constitucionais, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático, o Poder Público não pode se deixar de cumprir, sendo um dos principais julgados a ADPF 45, pelo voto do Ministro Celso de Mello.

Em se tratando de efetivação dos direitos fundamentais ou prestacionais, deve-se salientar a necessidade de dotação orçamentária para os mesmos, pois para concretizá-los há um gasto público. De um lado está a pretensão e do outro está a existência de disponibilidade financeira do Estado, de tal modo que, comprovada, efetivamente, a incapacidade econômica do Estado, não será razoável exigir a imediata efetivação do direito em questão (ADPF 45).

Se for comprovada a insuficiência de recursos e a falta de dotação orçamentária, o Poder Judiciário determinará que o Estado inclua em seu próximo orçamento a verba necessária à implementação da política pública e em seguida, que proceda à aplicação da verba para o adimplemento da obrigação respectiva (SOUZA, 2013).

Entretanto, os direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. O próprio STJ reconhece essa deficiência administrativa em seus julgados, apontando que muitas vezes a escassez de verba se relaciona com a má gestão:

(...) Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade. (REsp nº 1.185.474-SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgamento em 20.04.10, DJe 29.04.10)

Conforme se subentende, o núcleo da questão não está na falta de recursos e sim no fato do administrador privilegiar interesses privados em detrimento aos interesses públicos. Em decorrência desses fatos, o Judiciário Brasileiro busca através de seus julgados estabelecer uma maior proteção a esses direitos,

utilizando-se dos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade no tocante a legalidade das escolhas da Administração, inclusive entrando no mérito administrativo quando clara a omissão na prestação de obrigações instituídas pela Lei Maior (GRINOVER, 2010).

A Constituição defende em regra, que a aplicação dos direitos fundamentais deve observar os requisitos da legalidade, da proporcionalidade e da igualdade, vedando-se casuísmos. Desta forma, é de extrema relevância o papel do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais, atuando como verdadeiro guardião da Constituição e das leis.

As políticas públicas também são afetadas por atos de corrupção que incluem não só a atuação, como também a omissão no intuito de obter para si ou para outrem vantagem ilícita. Neste sentido, Emerson Garcia pondera (2004, p. 220):

Quanto maiores os índices de corrupção, menores serão as políticas públicas de implementação dos direitos sociais. Se os recursos estatais são reconhecidamente limitados, o que torna constante a invocação da reserva do possível ao se tentar compelir o Poder Público a concretizar determinados direitos consagrados no sistema, essa precariedade aumentará na medida em que os referidos recursos, além de limitados, tiverem redução de ingresso e forem utilizados para fins ilícitos.

A corrupção, a má administração e a própria omissão dos agentes políticos, que detém o poder de validar os direitos sociais, desestruturam o princípio do Estado Democrático de Direito, aumentando à desigualdade social e diminuindo a esperança de um país com direitos igualitários.

Assim, se for dada maior efetividade a estes direitos, conseqüentemente os anseios da população serão supridos e será possível conferir maior proteção aos direitos fundamentais. Portanto, pode-se afirmar que somente se alcançará uma sociedade organizada mediante a implementação e eficácia dos direitos fundamentais, buscando superar os desafios inerentes a este objetivo, buscando diferentes formas de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais, tais como: a conscientização, a informação, a educação e a participação pública.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais e essenciais ao resguardo da dignidade humana estão dispostos no ordenamento jurídico brasileiro de forma especial, com o objetivo de assegurar aos cidadãos uma vida mais digna.

A elaboração da Constituição de 1988 foi decorrência de uma série de discussões que culminaram na redemocratização do país, e foi essencialmente inovadora ao elencar inúmeros direitos fundamentais, e considerá-los cláusulas pétreas, ou seja, direitos que não podem ser alterados ou modificados.

No entanto, ainda há muito a se fazer com o intuito de aplicar de forma eficiente tais princípios. O desafio é encontrar perspectivas de resolução dos problemas vinculados a esses direitos, pois eles vinculam comportamentos públicos futuros, necessitando, portanto, de uma concretização legislativa para que alguns direitos sejam de fato concretizados e não apenas estejam dispostos no do texto constitucional sem que sejam usufruídos.

A Constituição deve ser interpretada de maneira que os direitos nela dispostos possam ser exercidos. Assim, se for dada maior efetividade aos direitos, conseqüentemente os anseios da população serão supridos e será possível conferir maior proteção aos direitos fundamentais.

Portanto, pode-se afirmar que somente se alcançará uma sociedade organizada mediante a implementação e eficácia dos direitos fundamentais, buscando superar os desafios inerentes a este objetivo, buscando diferentes formas de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais, tais como: a conscientização, a informação, a educação e a participação pública.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Problemática da efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano nacional**. In: PIOVESAN, Flávia (Org). Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2006.

BULLOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.185.474 – SC**. Min. Rel. Humberto Martins, Segunda Turma, Brasília, DF. Julgamento em 20 de abril de 2010, Dje 29 de abril de 2010. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9119367/recurso-especial-resp-1185474-sc-2010-0048628-4/inteiro-teor-14265399?ref=juris-tabs>. > Acesso em: 30 de Junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 45 MC/DF**. Min. Rel. Celso de Mello, Plenário, Brasília, DF. Julgamento em 29 de abril de 2004, DJU 04 de maio de 2004. Disponível em:

><http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>.
> Acesso em: 30 de Junho de 2020.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e fundamentais: do discurso à prática efetiva: um olhar por meio da literatura**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007.

FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direito humanos**. Florianópolis: Fundação 48 Boiteux, 2009.

GARCIA, Emerson. **A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica**. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ. V.7, n.26, p.203-245, 2004.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, 2010.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm. 2009.

SANTOS, Sergio Roberto Leal dos. **Manual de teoria da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO EMPRESÁRIO INDIVIDUAL SEM PERSONALIDADE JURÍDICA

LUÍS INÁCIO CARNEIRO FILHO: Advogado, mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e doutorando em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Civil e Empresarial da Faculdade de Direito de Itu/SP. Professor de Direito Empresarial e do Consumidor da Faculdade de Direito de Sorocaba/SP.

Resumo: Uma das relevantes indagações presentes no ambiente empresarial diz respeito aos riscos patrimoniais a que se submete o empresário, pela atividade empresarial a ser desenvolvida. Os naturais riscos do mercado, a inconstância da economia, a complexidade de obrigações tributárias e as rigorosas obrigações trabalhistas, compõem um conjunto de fatores que podem inibir ou mesmo desestimular a iniciativa empresarial. E o empresário individual se ressentido quanto ao potencial risco patrimonial que assume ao desenvolver a sua atividade empresarial, principalmente quando o direito lhe impõe responder ilimitadamente por obrigações decorrentes da sua empresa. Nesse sentido, pelo método dedutivo, com pesquisa bibliográfica e documental jurídica, o presente estudo tem por objetivo dar a devida abordagem à extensão da responsabilidade patrimonial do empresário individual, principalmente para aquele que não aderiu ao sistema da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI ou da Sociedade Limitada Unipessoal, e que, portanto, é ilimitadamente responsável pelas suas obrigações. **Palavras chave:** Empresário individual; Responsabilidade patrimonial ilimitada.

Abstract: One of the relevant questions present in the business environment concerns the patrimonial risks to which the entrepreneur is submitted, due to the business activity to be developed. The natural risks of the market, the inconsistency of the economy, the complexity of tax obligations and the strict labor obligations, make up a set of factors that can inhibit or even discourage entrepreneurial initiative. And the individual entrepreneur resents the potential equity risk he assumes when developing his business activity, especially when the law requires him to answer unlimitedly for obligations arising from his company. In this sense, by the deductive method, with bibliographic and legal documentary research, the present study aims to give the due approach to the extension of the patrimonial responsibility of the individual entrepreneur, mainly for the one that did not adhere to the system of the Individual Limited Liability Company - EIRELI or of the Unipersonal Limited Company, which is therefore unlimitedly liable for its obligations. **Keywords:** Individual entrepreneur; Unlimited asset liability.

Sumário dos itens abordados: Introdução. 1. Do empresário. 1.1. Opções de inscrição 1.2. Efeitos. 2. Da responsabilidade obrigacional e patrimonial do empresário. 3. Da responsabilidade patrimonial do empresário que não aderiu à EIRELI ou à Sociedade Limitada Unipessoal. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Introdução.

A atividade empresarial, fundamental à consecução dos princípios constitucionais que regem a atividade econômica, encontra no empresário individual um importante elemento a traduzir o espírito da livre iniciativa.

Justamente em razão da importância social e econômica do empresário, é que se tem por necessária a adequada abordagem sobre os efeitos decorrentes do exercício da empresa individual, notadamente a título de responsabilidade patrimonial.

As incertezas do mercado, as variações da economia, as inconstâncias políticas e mesmo certa insegurança jurídica, impõem ao empresário justificada atenção aos limites da sua responsabilidade patrimonial, pelas obrigações da empresa exercida.

A delimitação de tal responsabilidade, está diretamente relacionada à forma com que a atividade empresarial restou constituída, estabelecendo graus de maior ou menor responsabilização, conforme a estrutura legal adotada.

Embora a lei exija que o início de qualquer atividade empresarial seja precedido pela inscrição nos órgãos competentes, o simples atendimento a tal exigência não serve, por si, a conferir personalidade jurídica ao empresário, já que a personificação está a depender do modelo de empresa escolhido.

Sem olvidar do empresário informal, que opta por desenvolver a sua empresa sem atender à obrigação de regular inscrição nos órgãos de registro, o ordenamento oferece a alternativa de inscrição da empresa individual com ou sem personalidade jurídica, e a depender do modelo escolhido, decorrem diferentes níveis de responsabilidade patrimonial.

Diante disso, torna-se necessário conferir a devida abordagem às consequências patrimoniais da ausência de personalidade jurídica do empresário individual, comparativamente àquele que ostenta a personificação.

1. Do empresário. Opções de inscrição e efeitos.

Como concretização do princípio constitucional da Livre Iniciativa, preceito fundamental a reger a Ordem Econômica, previsto no artigo 170 da Constituição

Federal, é dado a todos a oportunidade de livremente iniciar uma atividade empresarial, observadas certas limitações legais de ordem subjetiva e objetiva.

Garante-se, assim, o empreendedorismo, que bem se expressa pelo exercício de empresa, atividade própria do empresário ou da sociedade empresária, regida por todo um arcabouço jurídico próprio.

A típica atividade empresarial, tal como delineada no *caput* do artigo 966 do Código Civil, pode ser desenvolvida por quem assim se manifestar interessado em aderir aos sistemas de inscrição ou registro que a lei faculta, seja de forma individual, ou com a participação de sócios.[1]

Não se ignora a existência de empresários irregulares ou informais, que são ordinariamente aqueles que não se inscrevem como tais nas Juntas Comerciais, em desobediência ao que determina o artigo 967 do Código Civil.[2]

Entretanto, reconhecendo uma clara realidade, e em atenção ao primado da Livre Iniciativa, mesmo àqueles que irregularmente desenvolvem atividades empresariais pela falta de inscrição prévia, a Lei acaba por considerá-los típicos empresários, bastando que reúnam as características descritas no citado *caput* do art. 966 do Código Civil.[3]

Por óbvio, aos empresários irregulares não se conferem certas prerrogativas ou direitos que são inerentes à condição de regularidade empresarial, como a ausência de personificação, a responsabilidade ilimitada, a impossibilidade de requererem recuperação judicial etc.

Há, portanto, duas alternativas postas à disposição dos interessados em ingressar regularmente no mercado para o desenvolvimento de uma típica atividade empresarial, com a prévia inscrição na Junta Comercial: Iniciar uma atividade empresarial como empresário individual, sem se consorciar com outrem, ou, constituir uma sociedade empresária, ordinariamente plural quanto ao número de participantes.

No direito societário atual, decorrente das alterações introduzidas pela Lei 13.874 de 20 de setembro de 2019 (Declaração de Direitos de Liberdade Econômica), a atividade empresarial poderá ainda ser desenvolvida por uma única pessoa, natural ou jurídica, ao constituir uma Sociedade Limitada Unipessoal, como autoriza o novo §1º do artigo 1.052 do Código Civil.[4]

Excluída a hipótese de constituição de uma Sociedade Limitada Unipessoal, a pessoa natural que optar pelo exercício de atividade empresarial, sem sócios, contará

atualmente com duas alternativas: Inscrever-se na Junta Comercial como empresário pessoa natural, ou como pessoa jurídica optante do sistema da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI.

Tal cenário, contudo, quanto às citadas opções de inscrição são relativamente recentes, pois até o advento da Lei 12.441 de 11 de julho de 2011, que introduziu em nosso sistema a existência da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI, a pessoa natural interessada em inaugurar por si uma atividade empresarial sem se consorciar com outrem, contava com apenas uma alternativa de inscrição junto aos órgãos regulares de registro de empresas, qual seja, a de se inscrever como empresário sem personalidade jurídica.

A EIRELI trouxe uma importante inovação, oportunizando à pessoa natural constituir regular empresa com personalidade jurídica e responsabilidade limitada, sem a necessidade de se consorciar com outrem, já que antes da vigência da Lei 12.441/2011, a única forma de personificação e limitação de responsabilidade se dava pela constituição de sociedades empresárias, pela sociedade Limitada ou Anônima.

Todavia, e a despeito dos evidentes atrativos que a EIRELI e a Sociedade Limitada Unipessoal anunciam aos interessados em aderir aos seus sistemas, facultase à pessoa natural que pretenda se tornar um regular empresário, simplesmente se inscrever na Junta Comercial sem que adira à sobredita Empresa Individual de Responsabilidade Limitada ou à Sociedade Limitada Unipessoal.

A pessoa natural, eventualmente não optante do sistema da EIRELI ou da Sociedade Limitada Unipessoal, conquanto cuide de regularmente se inscrever nas correspondentes Juntas Comerciais, como determina o sobredito art. 967 do Código Civil, e ainda que se torne por isso um típico empresário, em qualquer hipótese não adquirirá personalidade jurídica, e a sua responsabilidade empresarial será ilimitada.

Consequentemente, face à falta de personificação, o empresário submeter-se-á às incertezas decorrentes da comum confusão obrigacional e patrimonial entre as suas obrigações pessoais, próprias do cotidiano das pessoas naturais em geral, e aquelas obrigações decorrentes dos negócios realizados em razão da atividade empresarial.

Ausente a personificação jurídica, mesmo o patrimônio do empresário, este considerado como aquele destinado ao exercício da atividade empresária e consecução do seu objeto, não se separa ou se distingue legalmente do patrimônio particular do titular da atividade, cuja destinação não se confunde com os objetivos empresariais.

De fato, a falta de personalidade jurídica, dentre outros efeitos, impede que haja formal e regular distinção entre os bens que integram a empresa e os bens que naturalmente destinam-se aos interesses diversos da pessoa natural que titulariza e exerce a empresa.

Embora se reconheça ser possível identificar quais bens integram o patrimônio da empresa, de fato e de direito distinguindo-os dos bens particulares do titular da empresa, a ausência de personificação jurídica impede que tal distinção se concretize tal como se dá nas hipóteses em se tem presente a personalidade jurídica, o que acaba por vulnerar o empresário pessoa natural quando em comparação com o EIRELI ou com a Sociedade Limitada Unipessoal.

Afinal, a pessoa jurídica tem identidade, obrigações, responsabilidades e patrimônio próprios, que não se confundem com tais atributos ou interesses das pessoas naturais (ou pessoa) que a constituem e integram.

Independentemente da teoria a ser adotada sobre o que se deve compreender por uma pessoa jurídica, é certo que esse ente juridicamente personificado é patrimonialmente independente, sendo facilmente possível a identificação dos bens que integram o seu acervo patrimonial, distinguindo-o, portanto, daquele patrimônio das pessoas que titularizam a empresa.

Como consequência da personalidade jurídica, não se pode duvidar que aos credores da empresa personificada, inicialmente, e em regra, respondem apenas os bens dessa pessoa jurídica, que, reforça-se, não se confundem com os bens das pessoas naturais que a integram.

Referindo-se aos efeitos da personificação empresarial, embora relativamente às sociedades empresárias personificadas, Fábio Ulhoa Coelho esclarece que *"na medida em que a lei estabelece a separação entre a pessoa jurídica e a os membros que a compõem, consagrando o princípio da autonomia patrimonial, os sócios não podem ser considerados os titulares dos direitos ou os devedores das prestações relacionados ao exercício da atividade econômica, explorada em conjunto. Será a própria pessoa jurídica da sociedade a titular de tais direitos e a devedora de tais obrigações"*.^[5]

Apenas por essa razão, já se pode concluir pela compreensível predileção dos empresários ao desenvolvimento de suas atividades sob a forma de empresas personificadas, pois tais modelos indubitavelmente servem a definir a necessária e útil separação patrimonial entre os bens que pertencem à pessoa jurídica daqueles que são dos seus titulares.

É certo que a falta de personificação impede que haja uma clara distinção patrimonial entre o que pertence à pessoa natural e o que é do empresário, o que, como antes alertado, pode se transformar em fator de desestímulo àqueles que pretendem dar início às suas atividades de empresa sem aderir à EIRELI ou à novel Sociedade Limitada Unipessoal.

Assim, a pessoa natural que não adere à EIRELI ou à Sociedade Limitada Unipessoal, em tese não gozaria de qualquer limitação quanto à responsabilidade patrimonial frente aos credores da empresa que vier a desenvolver, ou seja, a sua responsabilidade pelas obrigações das empresas envolve a integralidade do seu patrimônio.

Como bem esclarece Sergio Campinho, o "*exercício da empresa pelo empresário individual se fará sob uma firma, constituída a partir de seu nome, completo ou abreviado, podendo a ele ser aditado designação mais precisa de sua pessoa ou do gênero de atividade. Nesse exercício, ele responderá com todas as forças de seu patrimônio pessoal, capaz de execução, pelas dívidas contraídas, uma vez que o Direito brasileiro não admite a figura do empresário individual com responsabilidade limitada e, conseqüentemente, a distinção entre patrimônio empresarial (o patrimônio do empresário individual afetado ao exercício de sua empresa) e patrimônio particular do empresário, pessoa física.*"[6]

Ao se anunciar como empresário individual, pois, a pessoa natural não goza de qualquer distinção patrimonial frente aos seus credores, e perante os mesmos, portanto, será instada a responder ilimitadamente.

Face à essa realidade, e antes do advento da EIRELI ou da Sociedade Limitada Unipessoal, já se percebia, com razoável frequência, a constituição de sociedades empresárias com evidentes distorções quanto à distribuição de quotas entre os sócios, sendo comum encontrarmos sociedades limitadas com apenas dois sócios, cabendo a um deles 99% do capital social, e o ínfimo remanescente ao outro.

Tais organizações claramente denunciavam a inexistência de qualquer *affectio societatis*, sendo mesmo patente, nesses casos, a ausência de interesse dos sócios em conjugar esforços à consecução de um objetivo empresarial comum. O que se percebia, em casos tais, era que o sócio detentor da ampla maioria das quotas, na verdade, intencionava desenvolver por si a atividade empresária sem se consorciar com outrem.

A justificar a opção pela constituição de sociedades ao invés de desenvolver por si a atividade empresarial, André Santa Cruz esclarece que "*a responsabilidade dos sócios de uma sociedade empresária, além de ser subsidiária, pode ser limitada, o*

que ocorre, por exemplo, nas sociedades limitadas e nas sociedades anônimas. (...) Já o empresário individual, em nosso ordenamento jurídico, além de responder diretamente com todos os seus bens pelas dívidas contraídas no exercício de atividade econômica (inclusive seus bens pessoais), não goza da prerrogativa de limitação de responsabilidade. Portanto, enquanto a responsabilidade do empresário individual é direta e ilimitada, a responsabilidade do sócio de uma sociedade empresária é subsidiária (seus bens só podem ser executados após a execução dos bens sociais) e pode ser limitada, a depender do tipo societário utilizado. Do que se expôs acima, fica fácil entender porque, no Brasil, o exercício de empresa em sociedade é mais vantajoso do que o exercício de empresa individualmente. A constituição de sociedade empresária para exploração de atividade econômica permite que os sócios calculem melhor o seu risco empresarial, resguardando seus bens pessoais em caso de insucesso do empreendimento."[7]

Atento a esse cenário, é que o legislador pátrio primeiro inseriu em nosso ordenamento a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, e mais recentemente a Sociedade Limitada Unipessoal, com a clara intenção de oportunizar à pessoa natural que pretendesse iniciar regularmente a sua atividade empresarial de forma individual, passar também a ostentar personalidade jurídica e a gozar de responsabilidade limitada, tal como a Sociedade Limitada.

Com efeito, a Lei 12.441/11, além de definir a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, adicionando o artigo 980-A e seus seis parágrafos ao Código Civil, igualmente incluiu o inciso VI ao artigo 44 do mesmo diploma civil, criando um novo ente personificado, de forma a permitir que a pessoa natural pudesse enfim adquirir personalidade jurídica ao aderir à EIRELI.[8]

Também assim o fez a Lei 13.874 de 20 de setembro de 2019, ao permitir que uma única pessoa pudesse reunir a integralidade de quotas de uma sociedade limitada, constituindo assim uma pessoa jurídica de natureza societária empresarial.

Àqueles que optarem pelo modelo da EIRELI ou da Sociedade Limitada Unipessoal, passam a se escudar de seus credores pela responsabilidade limitada, tal como há muito já se protegiam os sócios de uma sociedade limitada plural frente às dívidas da empresa que integravam.

Dadas tais vantagens decorrentes da personificação e da consequente distinção patrimonial, aliadas à responsabilidade limitada, era de se acreditar que a EIRELI tomaria integral interesse das pessoas naturais que intencionassem desenvolver por si uma atividade empresarial. E a expressa previsão no parágrafo terceiro do art. 980-A, anuncia o estímulo da conversão daquelas falaciosas sociedades, cuja participação

no capital social entre os sócios era evidentemente aparente, em EIRELI, com a concentração das quotas num único sócio.[9]

Entretanto, diante da exigência da integralização de capital em significativos valores definidos no *caput* do artigo 980-A do Código Civil[10], a pessoa natural que pretendesse iniciar uma regular atividade empresarial e não dispunha de tais valores, passava a contar apenas com a opção de se inscrever na Junta Comercial como empresário sem personificação. Esse cenário, contudo, e como já sabido, foi alterado, pelo novo parágrafo §1º do Art. 1.052 do Código Civil, trazendo consigo a opção de se constituir uma sociedade limitada singular, e sem a limitação quantitativa mínima de integralização do capital social como se exige na EIRELI.

Hodiernamente, portanto, por força da L. 13.784/2019, talvez a Sociedade Limitada Unipessoal se converta em modelo de preferência aos empresários que pretendam exercer a sua atividade sem se consorciarem com sócios, relegando a EIRELI a um papel secundário.

Independentemente das razões que podem motivar alguém a não aderir ao modelo da Sociedade Limitada Unipessoal, que não conta com a exigência de integralização mínima presente na EIRELI, é certo que permanece firme em nosso ordenamento a alternativa da pessoa natural se inscrever na Junta Comercial como simples empresário individual, mesmo que sem personalidade jurídica e com responsabilidade ilimitada do seu titular.

Em uma conclusão razoável, poderia então se cogitar de severa desvantagem e até mesmo algum prejuízo ao empresário não optante da EIRELI ou da Sociedade Limitada Unipessoal, já que não ostenta personalidade jurídica e responde ilimitadamente perante os seus credores.

Porém, a despeito da evidente distinção entre o empresário que adere à Empresa Individual de Responsabilidade Limitada ou à Sociedade Limitada Unipessoal, daquele que não opta por tais modelos, considerando os dois principais fatores que os distinguem (personificação e responsabilidade perante credores), é possível afirmar que o empresário individual que optou por não ostentar personificação pode não estar em tão grande desvantagem, como poderia inicialmente parecer.

2. Da responsabilidade obrigacional e patrimonial do empresário.

Sabe-se que, em regra, e conforme o direito comum, o devedor responde perante os seus credores com todo o seu patrimônio, excepcionadas as hipóteses expressamente estabelecidas em lei.

Nesse sentido tanto o Código Civil em seu artigo 391, como o Código de Processo Civil no artigo 789:

“Código Civil, art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.”

“Código de Processo Civil, art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.”

Considerando, pois, o regramento geral, a integralidade do patrimônio do devedor serve à satisfação das obrigações devidas aos seus credores, que se fiam nessa regra para avaliar a concessão de crédito.

Uma vez eventualmente inadimplida a obrigação, portanto, o conjunto patrimonial do devedor servirá, como regra, mesmo que compulsoriamente, ao pagamento daquela obrigação que se convencionou cumprir, e que restou injustificadamente inadimplida.

Justamente por isso, é fundamental que se identifique o acervo patrimonial do devedor, de modo a permitir que os créditos eventualmente inadimplidos recaiam sobre os bens que o compõe, de modo a permitir a satisfação dos direitos do credor.

No caso da EIRELI e da Sociedade Limitada Unipessoal, inexistem dúvidas iniciais sobre a titularidade do patrimônio desses entes, já que, por se tratarem de pessoas jurídicas regulares, os seus bens não se confundem com os bens que integram o patrimônio das pessoas naturais que as titularizam.

À evidência, por uma simples observação documental, é possível se distinguir quais são os bens da empresa e quais os bens do sócio da Sociedade Limitada Unipessoal ou do titular da EIRELI. Trata-se, como antes mencionado, de uma vantagem conferida aos entes personificados, que, dado tal fenômeno, passam a ser titulares de bens que pertencem apenas a essas pessoas jurídicas.

Essa evidente separação patrimonial inegavelmente confere certo conforto aos titulares da EIRELI e da Sociedade Limitada Unipessoal, já que pelas dívidas da empresa responderão os bens desta, estando a salvo, em regra, os bens do respectivo titular.

Já em relação ao empresário que não optar pela EIRELI ou pela Sociedade Limitada Unipessoal, porque carecerá de personalidade jurídica, inexistirá a aludida distinção patrimonial entre os bens particulares e os que se destinam ao objeto de

sua empresa, trazendo como consequência o risco de ter que responder com todos os seus bens pelas obrigações decorrentes dos negócios que realizou enquanto empresário, notadamente em razão da responsabilidade ilimitada.

Entretanto, e apesar da eventual vulneração patrimonial decorrente da ausência de personificação do empresário, não se pode ignorar a real possibilidade de se divisar quais bens se destinam à consecução do objeto empresarial, daqueles bens necessários, úteis ou mesmo supérfluos da pessoa natural.

Nesse sentido, é indubitoso que mesmo o empresário pessoa natural, não optante da EIRELI ou da Sociedade Limitada Unipessoal, conquanto sem personalidade jurídica, tenha duas massas patrimoniais distintas, uma destinada à sua empresa e outra relacionada aos seus interesses pessoais privados.

Igualmente, pelo mesmo raciocínio, não se olvida ser possível identificar quais são as obrigações negociais assumidas pelo empresário, enquanto no exercício da sua empresa, distinguindo-as das obrigações assumidas pelo mesmo em razão das suas necessidades cotidianas não empresariais.

Tal divisão obrigacional é facilmente perceptível pela simples identificação da operação negocial realizada, se de cunho empresarial ou particular. As operações de caráter empresarial, certamente, se identificarão com aquelas necessárias ao atingimento do objeto do empresário, enquanto as demais serão estranhas a esse propósito.

Há que se lembrar, por expressa disposição do artigo 968, II do Código Civil, que mesmo o empresário não optante da EIRELI ou da Sociedade Limitada Unipessoal adotará um nome empresarial, com o qual assumirá e firmará as obrigações de sua empresa, nome este que certamente servirá a identificar e distinguir as obrigações de empresa das obrigações particulares, afinal, espera-se que o empresário utilize a sua firma apenas nos negócios de empresa, enquanto que para os negócios particulares utilize o seu nome civil.

Assim, seja pela análise do objeto da obrigação assumida (se empresarial ou particular) ou mesmo pela análise do nome utilizado pelo empresário ao assumi-la (se a sua firma ou seu nome civil), é possível identificar se essa obrigação se deu em razão do objeto empresarial, ou se tal se destinou a consecução de interesses privados do titular dessa empresa.

Assim, serão obrigações da empresa apenas aquelas contraídas pelo empresário enquanto utilizando a sua firma, e com evidente aderência à consecução do objeto da sua empresa, e serão particulares as obrigações assumidas pelo

empresário ao utilizar o seu nome civil, e desde que tais operações estejam claramente destinadas e relacionadas à satisfação dos interesses próprios da pessoa natural do titular dessa empresa.

Portanto, mesmo carecedor de personalidade jurídica, o empresário que optar por desenvolver a sua empresa sem aderir à EIRELI ou à Sociedade Limitada Unipessoal, ainda assim poderá opor aos seus credores uma evidente divisão de bens, e, conseqüentemente de responsabilidade pelas obrigações da empresa da qual é integralmente titular.

Nessa linha de argumentação, responderão pelas obrigações de empresa, estas compreendidas como destinadas ao atingimento do seu objeto, apenas os bens que servem à consecução desse mesmo propósito, sem que se confundam com outros bens da pessoa natural titular da empresa.

Conseqüentemente, a par da inexistência de personalidade jurídica e das suas conseqüências e efeitos, poder-se-ia sustentar, que mesmo ao empresário que não aderiu à EIRELI ou à Sociedade Limitada Unipessoal, há que se reconhecer tanto a distinção da vinculação de obrigações, como do seu patrimônio particular frente ao patrimônio da empresa que integra.

Inexistem motivos, também, para que não se estenda ao empresário natural a novel regra do §7º do artigo 980-A do Código Civil:

"Art. 980-A.(...)§7º Somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, hipótese em que não se confundirá, em qualquer situação, com o patrimônio do titular que a constitui, ressalvados os casos de fraude. (Incluído pela Lei 13.784/2019)"

Ao se reconhecer a distinção patrimonial acima referida, especialmente quanto aos bens de empresa e particulares do titular, força reconhecer que a esse empresário pessoa natural será reconhecida a proteção do benefício de ordem de que tratam os artigos 1.024 do Código Civil e 796 do Código de Processo Civil:

"Código Civil, Art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais."

"Código de Processo Civil, Art. 795. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei."

Embora tal dispositivo claramente se destine às sociedades em geral, é plenamente defensável que o mesmo benefício se estenda ao empresário pessoa natural, afinal, como já concluído, é possível identificar quais são os bens de empresa.

Nesse sentido o Enunciado nº 5 da I Jornada de Direito Comercial promovida pelo Conselho da Justiça Federal, com o seguinte teor: *"Quanto às obrigações decorrentes de sua atividade, o empresário individual tipificado no art. 966 do Código Civil responderá primeiramente com os bens vinculados à exploração de sua atividade econômica, nos termos do art. 1.024 do Código Civil"*.

Ora, sendo também identificável se uma dívida decorreu de uma obrigação assumida pelo empresário em favor da sua empresa, e sendo certo que pelas obrigações da empresa respondem primeiro os bens destinados à essa atividade empresarial, o benefício de ordem há de ser reconhecido igualmente em favor do empresário não aderente da EIRELI ou da Sociedade Limitada Unipessoal, tal como expresso no citado enunciado do CJF.

A reforçar tal conclusão, o Código Civil, em seu artigo 988, concedeu distinção patrimonial mesmo aos sócios de uma sociedade sem personalidade jurídica, eventualmente se registro ou mesmo irregular, denominada Sociedade em Comum, reconhecendo que se distinguem os bens que pertencem aos sócios e os bens que pertencem à sociedade (CC, art. 988):

"Art. 988. Os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum."

Frente ao que se constata, portanto, a ausência de personalidade jurídica, ao menos em relação à divisão de bens e de obrigações quanto às da empresa e do seu titular, não serve a conferir extrema vantagem à EIRELI ou à Sociedade Limitada Unipessoal frente ao empresário pessoa natural que não optou por tais modelos, senão apenas torna mais simples toda a argumentação relativa à extensão da responsabilidade por dívidas da empresa.

3. Da responsabilidade patrimonial do empresário que não aderiu à EIRELI ou à Sociedade Limitada Unipessoal.

Mesmo que se conclua pela possível identificação das obrigações assumidas pelo empresário, distinguindo-as entre empresariais e particulares, e ainda que se

obtenha a certeza quanto à distinção dos bens de empresa e dos bens privados, há que se considerar que ao contrário da EIRELI ou da Sociedade Limitada Unipessoal, o empresário pessoa natural responde ilimitadamente pelas obrigações de empresa.

A atividade empresarial, já submetida ao usual risco, quando desenvolvida sem qualquer limitação de responsabilidade patrimonial acaba por impor ao empresário um risco potencialmente maior, já que pelas suas obrigações respondem, em tese, todos os seus bens.

O empresário que não optar pela EIRELI ou pela Sociedade Limitada Unipessoal, portanto, ao desenvolver a sua atividade empresarial, será submetido a um regime de responsabilização patrimonial que não encontra qualquer limite previamente definido, vulnerando os seus bens frente aos credores da empresa.

Para tal empresário não há integralização de capital a limitar a responsabilidade, como ocorre na EIRELI ou na Sociedade Limitada Unipessoal, do que decorre a eventual exposição patrimonial do empresário frente aos credores da empresa.

E como não se tem por definida a plena distinção entre os bens particulares do empresário e os bens de empresa destinados à consecução do objeto empresarial, poder-se-ia cogitar de absoluta vulneração patrimonial daquele que se aventura a desenvolver a empresa sem aderir ao sistema da EIRELI ou da Sociedade Limitada Unipessoal.

Com efeito, tal conclusão poderia mesmo servir ao desestímulo de qualquer atividade empresarial que não se desenvolvesse sob o pálio da responsabilidade limitada da EIRELI ou da Sociedade Limitada Unipessoal, pondo em dúvida a concreção do princípio da livre iniciativa.

Porém, e antes que se sentencie estar o empresário alijado de qualquer proteção patrimonial quando comparado com a EIRELI ou com a Sociedade Limitada Unipessoal, há que se refletir se o termo “responsabilidade ilimitada” espelha mesmo essa tamanha vulneração de todo o patrimônio frente aos eventuais credores da empresa.

Um olhar mais apurado sobre o tema, especialmente sob a ótica das normas processuais, revela que, a despeito da aludida “responsabilidade ilimitada”, o empresário que não optar pela EIRELI ou pela Sociedade Limitada Unipessoal, pode não estar assim tão vulnerável quanto aos seus bens particulares pelas dívidas da empresa.

Como a hipótese não contempla a limitação da responsabilidade pela integralização de capital, é certo afirmar que ao empresário não optante da EIRELI, sobre a responsabilidade por dívidas da empresa, recairá a regra geral dos já mencionados artigo 391 do Código Civil e artigo 789 do Código de Processo Civil.

É cediço, contudo, que as regras definidas nos sobreditos dispositivos legais não são absolutas, havendo expressas limitações legais à responsabilidade patrimonial do devedor, verdadeiros obstáculos aos interesses dos credores, as quais se aplicam integralmente ao empresário pessoa natural.

Nesse sentido, destaca-se o artigo 789 do Código de Processo Civil, que a despeito de definir que responsabilidade do devedor se ampara em todos os seus bens, expressamente excepciona a existência de restrições legais quanto a essa responsabilização patrimonial.

E são justamente essas restrições legais que vem ao amparo do empresário pessoa natural que não optou pela EIRELI ou pela Sociedade Limitada Unipessoal, que embora não possa se escorar na responsabilidade limitada conferida por esses modelos de empresa, poderá amplamente se valer da hipóteses de impenhorabilidade de que trata o artigo 833 do Código de Processo Civil.

Especialmente ao empresário pessoa natural, cabe aplicar o inciso V do referido artigo 833 do Código de Processo Civil, sendo possível sustentar que todos os bens que se destinam à consecução da atividade empresarial estão à salvo dos credores:

“Art. 833. São impenhoráveis:(...) V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;”

É curioso notar, que tal regra protetiva ao patrimônio se aplica apenas ao empresário pessoa natural, justamente porque, uma vez desprovido de personalidade jurídica, todos os seus bens inicialmente compõem um único acervo patrimonial, diferentemente dos bens da EIRELI e da Sociedade Limitada Unipessoal.

Desse modo, poder-se-ia vislumbrar até mesmo certa vantagem do empresário frente EIRELI e da Sociedade Limitada Unipessoal, já que o sobredito dispositivo legal se destina, precipuamente a proteger os bens da pessoa natural.

Destaca-se, sobre a questão em análise, o julgado de lavra do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, nos autos do Recurso Especial nº 1.697.313 - MG (2017/0225391-5), cujo trecho referente ao presente tema se transcreve:

"2. A empresa individual é mera ficção jurídica que permite à pessoa natural atuar no mercado com vantagens próprias da pessoa jurídica, sem que a titularidade implique distinção patrimonial entre o empresário individual e a pessoa natural titular da firma individual. Precedentes. 3. Pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de serem impenhoráveis os bens úteis ou necessários às atividades desenvolvidas por empresário individual ou pequena empresa, na qual os sócios atuam pessoalmente, na forma do disposto no art. 649, V, do CPC-73. Ademais, "legítima a inferência de que o imóvel profissional constitui instrumento necessário ou útil ao desenvolvimento da atividade objeto do contrato social, máxime quando se tratar de pequenas empresas, empresas de pequeno porte ou firma individual" (REsp 1114767/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX) 4."

Vê-se, portanto, que a despeito do aparente desequilíbrio frente à proteção que a personalidade jurídica em tese confere à EIRELI e à Sociedade Limitada Unipessoal, quando em comparação com o empresário pessoa natural, este não se encontra desamparado, ao contrário, é forçoso que se conclua por certa vantagem em seu favor, quando o tema é a extensão da responsabilidade patrimonial.

Afinal, além dos seus bens particulares serem em regra majoritariamente impenhoráveis, ante a proteção que lhe confere o artigo 833 do Código de Processo Civil, especialmente os incisos I ao IV, e também a Lei 8.009/90 (Bem de Família), igualmente os bens que integram o seu acervo empresarial passam a gozar de igual proteção, frente ao que dispõe o mesmo dispositivo processual, em seu inciso V.

Interessante notar que, no final das contas, o citado inciso V do artigo 833 do Código de Processo Civil acaba por se aplicar, praticamente, à integralidade dos bens de empresa pertencentes ao empresário pessoa natural, já que é a reunião daqueles itens que permitirá ao mesmo a consecução da sua atividade.

Portanto, mesmo despido da personalidade jurídica, e ainda que a sua responsabilidade seja ilimitada, o empresário pessoa natural conta com um robusto (e simples) sistema protetivo frente aos credores da empresa, a permitir que bem desenvolva a sua atividade.

Conclusão

Razões legais existem, pois, a sustentar que o empresário individual, não obstante não possa se escudar em qualquer responsabilidade limitada segundo o

direito empresarial, ainda assim encontrará relevante proteção patrimonial, seja no direito processual ou em normas correlatas.

Diante desse cenário, conclui-se ainda haver razão que mantenha viva a figura do empresário pessoa natural, que a despeito da ausência de personificação e da responsabilidade ilimitada, pode contar com um sistema de proteção patrimonial a lhe garantir o desenvolvimento das suas atividades, em prestígio ao princípio constitucional da livre iniciativa.

Referências

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm Acesso em: 25 jun. 2020.

_____. Lei n. 13.105, 16 de março de 2015. Disponível em: Acesso em: 25 jun. 2020.

CAMPINHO, Sérgio. Curso de direito comercial. Direito de empresa, 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, v. 2. Direito de empresa. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRUZ, André Santa. Direito empresarial. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

I JORNADA DE DIREITO COMERCIAL. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf> Acesso em: 25 jun. 2020.

III JORNADA DE DIREITO COMERCIAL. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/enunciados-aprovados-iii-jdc-revisados-2.pdf> Acesso em: 25 jun. 2020.

NOTAS:

[1] Art. 966. *Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.*

[2] Art. 967. *É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.*

[3] III Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, Enunciado nº 98: *"A inscrição do empresário na Junta Comercial não é requisito para a sua caracterização, admitindo-se o exercício da empresa sem tal providência. O empresário irregular reúne os requisitos do art. 966, sujeitando-se às normas do Código Civil e da legislação comercial, salvo naquilo em que forem incompatíveis com a sua condição ou diante de expressa disposição em contrário."*

[4] Art. 1.052. (...) § 1º *A sociedade limitada pode ser constituída por 1 (uma) ou mais pessoas.*

[5] COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, v. 2. Direito de empresa. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 32.

[6] CAMPINHO, Sérgio. Curso de direito comercial. Direito de empresa, 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 26.

[7] SANTA CRUZ, André. Direito empresarial. 8 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, tem 2.1.

[8] Art. 44. *São pessoas jurídicas de direito privado: (...) VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.*

[9] §3º *A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração.*

[10] Art. 980-A. *A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.*

A UTILIZAÇÃO DO AUXÍLIO DIRETO E DA CARTA ROGATÓRIA NO CONTEXTO PROCESSUAL INTERNACIONAL: CONVIVÊNCIA DE REFERIDOS INSTITUTOS E SUPERAÇÃO DE INCOMPATIBILIDADES

DANIEL DE MORAIS MENDES: Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Pós-graduado em Direito Processual Civil e em Direito Administrativo. Servidor público do Tribunal de Justiça do DF - TJDF.

RESUMO: As relações jurídicas internacionais, de cunho processual e até mesmo extraprocessual, estão cada vez mais sendo estudadas nas academias, vez que necessitam apresentar um maior aprofundamento diante de sua notável crescente. Com efeito, ordenamentos jurídicos estipulam, conforme suas respectivas necessidades, mecanismos hábeis a se realizar face à eventual cooperação jurídica com outro Estado. É, assim, que, sob esse prisma, a análise do auxílio direto e da carta rogatória demanda uma atenção especial, sobretudo no contexto brasileiro, haja vista que aludidos instrumentos encontram-se positivados no ordenamento jurídico pátrio. Nesse sentido, tomando como base, também, a legitimidade de eventual prova angariada por intermédio de um dos reportados institutos, é que se faz necessário o conhecimento das nuances procedimentais do auxílio direto e da carta rogatória, de modo que possíveis incompatibilidades não inviabilizem a assistência jurídica internacional entre os Estados.

Palavras-chave: Mecanismos de cooperação internacional. Relações jurídicas criminais no contexto internacional. Assistência direta. Carta rogatória. Coexistência. Superação de incompatibilidades

ABSTRACT: International legal relations, of a procedural and even extra-procedural nature, are increasingly being studied in the academies, since they need to show greater depth in view of their remarkable growth. Indeed, legal systems stipulate, according to their respective needs, skillful mechanisms to be carried out in the face of possible legal cooperation with another State. It is, therefore, that, under this prism, the analysis of direct aid and the rogatory letter demands special attention, especially in the Brazilian context, given that these instruments are positivized in the national legal system. In this sense, taking as a basis also the legitimacy of any evidence obtained through one of the reported institutes, it is necessary to know the procedural nuances of direct aid and the letter rogatory, so that possible incompatibilities do not render assistance impossible international legal framework between States.

Keywords: International cooperation mechanisms. International legal relations. Direct assistance. Letters rogatory. Coexistence. Overcoming incompatibilities

Sumário: 1. Introdução – 2. Processamento dos atos de cooperação internacional; 2.1. Os veículos da assistência jurídica internacional; 2.1.1. Carta rogatória; 2.1.2. Auxílio direto; 3. A convivência da carta rogatória e do auxílio direto após a emenda constitucional nº 45/2004; 4. Superação de eventuais incompatibilidades normativas; 5. Considerações finais; 6. Referências

1 INTRODUÇÃO

Desburocratização e celeridade são escopos que, na maior parte das relações interpessoais, são almejadas atualmente, visto que há uma crescente tendência na objetividade dos resultados. Em âmbito (extra)processual não seria diferente.

As relações jurídicas ultrapassam fronteiras, sejam em virtude de consenso entre as partes ou, até mesmo, por conta de algo que foge à vontade dos indivíduos, como ocorre, por exemplo, nas infrações penais. É nesse contexto, portanto, que é observado hodiernamente o aumento significativo da criminalidade transnacional, a qual adentra mundo afora, sendo, por vezes, objeto de investigação por parte de diversos Estados com diferentes ordenamentos jurídicos.

O auxílio direto e a carta rogatória, então, possuem suma importância nessa perspectiva. Malgrado o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) preveja expressamente aludidos institutos, tem-se que, na seara processual penal, aqueles já eram, há tempos, utilizados como meio de obtenção de prova.

Por tais motivos, a utilização dos referidos instrumentos merece uma detida análise acerca de suas aplicabilidades, bem como, na medida do possível, aferir eventual (in)compatibilidade entre eles, de maneira que, tanto num plano internacional quanto no contexto interno brasileiro, possa haver a convivência pacífica dos institutos, o que, de certa forma, só contribui positivamente para uma melhor persecução processual.

2 PROCESSAMENTO DOS ATOS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Diante da necessidade de cooperar, os Estados, a depender do objeto a ser executado, observarão procedimentos diversos. No que tange à obtenção e produção de prova, tanto em matéria penal como em matéria civil, há dois instrumentos básicos que concretizam a assistência jurídica internacional: a carta rogatória e o pedido de auxílio direto.

À vista da existência das aludidas espécies cooperacionais penais, necessárias para que a República Federativa do Brasil concretize o acesso à justiça penal e vele pela isonomia na aplicação das leis penais e processuais penais no atual mundo globalizado, faz-se necessário ressaltar a convivência desses instrumentos. Com efeito, a Constituição Federal não foi violada pelo fato de existir no ordenamento jurídico nacional a possibilidade de se ter auxílio direto contendo pedido de assistência jurídica. Não é, portanto, inconstitucional a veiculação de pedido de assistência jurídica penal em instrumento diverso da carta rogatória, que é a espécie tradicional.

2.1 OS VEÍCULOS DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTERNACIONAL

No ordenamento jurídico brasileiro, existem dois veículos básicos que têm a finalidade de concretizar a assistência jurídica internacional nos casos em que não houver sido estabelecido outro meio cooperacional. Mencionados veículos são a carta rogatória e o auxílio direto.

2.1.1 CARTA ROGATÓRIA

A carta rogatória entra em cena quando, em determinada hipótese, surge a necessidade de se acionar a atuação de uma autoridade judiciária estrangeira, a fim de que esta pratique diligências úteis a auxiliar uma instrução processual doméstica, angariando provas ou efetuando termos processuais.

Utilizada precipuamente para a comunicação de atos processuais, a carta rogatória apresenta-se, nos dizeres de Claudia Finkelstein, "como o instrumento de ordem necessário à comunicação de que atos processuais precisam ser realizados fora do território de um Estado"^[1].

As cartas rogatórias visam garantir não somente a rapidez e a eficiência do trânsito de atos processuais, mas também, consoante defende Alberto Nogueira Júnior, "assegurar os direitos fundamentais protegidos no âmbito da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais de direitos humanos"^[2].

Elas possuem tratamento normativo no plano internacional não muito consentâneo. Nesse sentido, impende consignar, para melhor elucidação do tema, os dois critérios de classificação no que se referem às espécies de carta rogatória: quanto ao objeto e quanto à iniciativa.

Quanto ao objeto, as cartas rogatórias podem ser ordinatórias, instrutórias e executórias. De acordo com Mário Braz:

A carta rogatória ordinatória é aquela que tem por finalidade a produção de atos processuais, como a citação, a notificação, a intimação. A carta rogatória instrutória é aquela que tem por finalidade os atos de coleta de provas. E a carta rogatória executória é aquela que visa à prática de atos processuais constitutivos.^[3]

Quanto à iniciativa, as cartas rogatórias podem ser ativas ou passivas. Os arts. 37 e 38 do CPC[4] denotam o conceito da rogatória quando o Brasil é o requerente, ou seja, rogatória ativa. Na hipótese de uma rogatória ativa, o pleito nacional deve ser encaminhado pelo Ministério das Relações Exteriores, ou, então, pelo Ministério da Justiça, que é a autoridade central indicada nos casos em que o Brasil possui acordo bilateral de cooperação. É importante salientar, ainda, que nenhum dos aludidos órgãos emitem juízo de valor sobre o pedido cooperacional, eles somente verificam a observância de formalidades constantes de acordo internacional ou, em alguns casos, da legislação do Estado requerido.

No que diz respeito ao cumprimento das rogatórias ativas penais, o Código de Processo Penal faz alusão à citação e também ao cumprimento de eventuais diligências probatórias. Frise-se que o trâmite da rogatória ativa penal acarreta a suspensão da prescrição até o seu cumprimento[5]. Já as rogatórias para realização de diligências apenas serão expedidas se puder demonstrar, previamente, sua imprescindibilidade, arcando, ainda, a parte requerente com os custos de envio[6].

Já no que concerne à rogatória passiva, é interessante abordar uma consideração histórica trazida por Carmen Tibúrcio no sentido de que “esta modalidade tem execução prevista no Brasil desde o século XIX, e com uma peculiaridade: os juízes recebiam diretamente da parte interessada a solicitação de cooperação, e sem muitas formalidades”.^[7]

As rogatórias passivas são aquelas em que o Brasil é o Estado requerido[8]. Elas, contudo, possuem tratamento normativo singular no Brasil: devem, antes de tudo, ser apreciadas pelo órgão judicial de cúpula antes de ser deferido seu cumprimento em solo pátrio. Referida apreciação consiste no juízo de delibação, que, como explica Bernardo Souza, “é quando o órgão delibante somente aprecia o cumprimento dos requisitos formais previstos em lei ou em tratados, além de verificar se o conteúdo do pleito não ofende a ordem pública nacional”[9]. Sendo assim, se os dois exames forem satisfeitos, requisitos formais e respeito à ordem pública interna, será concedido pelo órgão judicial de cúpula brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), *exequatur*.

2.1.2 AUXÍLIO DIRETO

A outorga de o Brasil praticar auxílio direto com determinado Estado está prevista em tratado internacional com ele firmado. Em contrapartida, mesmo que inexista aludida previsão, será possível esta forma de cooperação por força do princípio da reciprocidade. Em outras palavras, o pedido de auxílio direto também pode ser definido como:

A cooperação realizada entre Autoridades Centrais dos Estados-parte de convenções internacionais que preveem esse mecanismo de assistência mútua, ou, ainda, de acordos ou tratados bilaterais que tratam especificamente do tema.^[10]

Conforme preceitua o CPC em seu art. 29[11], na modalidade cooperacional auxílio direto, a autoridade do país estrangeiro encaminha o pedido de cooperação para uma autoridade no Brasil responsável por receber tais solicitações. Esta autoridade é chamada de "autoridade central". Observe o que estabelece o referido artigo: A solicitação de auxílio direto será encaminhada pelo órgão estrangeiro interessado à autoridade central, cabendo ao Estado requerente assegurar a autenticidade e a clareza do pedido.

Assim, no pleito de auxílio direto, a autoridade central brasileira é a que recebe primeiro para, em seguida, encaminhar ao órgão internamente incumbido para realizar a diligência. Não obstante o processamento do auxílio direto ser gerenciado pelas autoridades centrais, o que singulariza esse veículo, segundo Dipp, é o fato de que:

O Estado estrangeiro não se apresenta na condição de juiz, mas de administrador, porquanto não encaminha um pedido judicial de assistência, mas sim uma solicitação para que a autoridade judicial do outro Estado tome as providências e as medidas requeridas no âmbito nacional.^[12]

Oportuno consignar que, consoante dispõe o art. 26, §4º, CPC^[13], na ausência de designação específica, o Ministério da Justiça é quem exercerá as funções de autoridade central em nosso país. No Ministério da Justiça existe um departamento apenas para cuidar da cooperação jurídica internacional (DRCI), nos termos do Decreto nº 8.668/2016^[14].

Ainda no que se refere à autoridade central, depreende-se com supedâneo no art. 84, VII da CF^[15] que, malgrado seja o ato requerido oriundo de um juiz estrangeiro, na realidade será uma demanda internacional da parte do outro país, da

alçada do Poder Executivo brasileiro, na gestão das relações internacionais. Chega-se à conclusão que o Estado estrangeiro mostra-se como um sujeito de direito internacional que faz solicitação de um ato cooperacional, aceitando, por consequência, que as diligências sejam efetuadas conforme o direito brasileiro, até mesmo por meio de medidas jurisdicionais internas a serem adotadas pelos responsáveis pela persecução criminal nacional.

De acordo com Denise Abade, tem-se que cabe ao Poder Executivo, na função de autoridade central brasileira, averiguar: "a) se é hipótese de autorização judicial para realização do auxílio direto e b) se for caso de autorização judicial na área criminal, eventual pedido será feito por intermédio do Ministério Público Federal"[16]. No que se refere ao caso de ter autorização judicial, assevera Dipp que "se as providências solicitadas no pedido de auxílio estrangeiro exigirem, conforme a lei brasileira, decisão judicial, deve a autoridade competente promover, na Justiça brasileira, as ações judiciais necessárias"^[17]. Seguindo a linha de raciocínio com outras palavras:

O auxílio direto é um procedimento nacional, iniciado por solicitação de Estado estrangeiro para que, caso seja necessária uma ordem judicial, um juiz nacional conheça de seu pedido e seja iniciada uma demanda interna, pelo órgão competente, que na área criminal é o Ministério Público Federal^[18].

Registre-se que, no contexto judicial brasileiro, o juízo nacional competente é o juízo federal, à luz do art. 109, III da CF[19]: "competete aos juízes federais julgar as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional".

Outra característica básica da assistência jurídica veiculada no instrumento auxílio direto diz respeito à análise a ser feita no pedido de cooperação, que, por exemplo, na carta rogatória, o Superior Tribunal de Justiça realiza o denominado juízo de delibação, ocasião em que são verificados os requisitos formais e, eventualmente, o mérito do pleito, em especial quando se averigua as questões relacionadas à ordem pública e à soberania nacional. De modo diverso é que ocorre no auxílio direto, já que o pleito do Estado estrangeiro é verificado apenas quanto ao mérito. Para melhor elucidar, aduz Dipp que:

O Estado estrangeiro, ao se submeter à alternativa do pedido de auxílio jurídico direto, concorda que a autoridade judiciária brasileira, quando a providência requerida exigir pronunciamento jurisdicional, analise o mérito das razões do

pedido. O mesmo não ocorre no julgamento da carta rogatória pelo STJ, cujo sistema exequatur impede a revisão do mérito das razões da autoridade estrangeira, salvo para verificar violação à ordem pública e à soberania nacional. No pedido de auxílio, busca-se produzir uma decisão judicial doméstica e, como tal, não-sujeita ao juízo de deliberação.^[20]

Em recente decisão na Petição 5946/DF, o STF decidiu, em síntese, que a oitiva de testemunha pode ser feita por meio de auxílio-direto, dispensando a carta rogatória. Veja-se:

Compete ao STF apreciar o pedido de cooperação jurídica internacional na hipótese em que solicitada, via auxílio direto, a oitiva de estrangeiro custodiado no Brasil por força de decisão exarada em processo de extradição.^[21]

Sabe-se que na hipótese de carta rogatória, faz-se necessária intervenção judicial por meio da concessão do exequatur (STJ) e da execução da carta (juízo federal). No que se refere ao auxílio direto, como já exposto, nem sempre será necessária a intervenção judicial. O caso supramencionado estabelece que, acaso necessite de autorização judicial para oitiva do preso, caberá ao STF decidir. A competência do tribunal constitucional deu-se em virtude de se tratar de indivíduo preso para fins de extradição, hipótese em que o STF, consoante o art. 102, I, g da CRFB/88[22], detém jurisdição.

3 A CONVIVÊNCIA DA CARTA ROGATÓRIA E DO AUXÍLIO DIRETO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004[23], também conhecida como a Reforma do Judiciário, transferiu a competência para homologação de sentença estrangeira e concessão de *exequatur* em carta rogatória ao STJ. Com a alteração, a Resolução nº 09 do STJ[24] passou a regulamentar o processamento e o julgamento dos pedidos de homologação e concessão de *exequatur*, juntamente com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro- LINDB[25].

Já no que se refere ao auxílio direto, entraves doutrinários e jurisprudenciais surgiram ao longo do tempo. Inexiste previsão constitucional atinente ao auxílio direto, há apenas vigência infraconstitucional, que se dá a partir de ratificação de tratados internacionais e acordos bilaterais que o preveem expressamente. A par disso, o ministro Marco Aurélio Mello, quando do julgamento do HC 85.588/RJ considerou que:

O empréstimo do rótulo de procedimento de cooperação internacional a certo instrumento não pode desaguar na prática de atos somente passíveis de serem alcançados por meio de carta rogatória, como são aqueles ligados à audiência de instrução, visando à persecução criminal. A cooperação há de se fazer com respeito irrestrito à organicidade de Direito nacional, reafirmando-se a República como revelada por um Estado Democrático de Direito, para tanto se mostrando indispensável que se homenageia a máxima segundo a qual o meio justifica o fim.^[26]

No pedido de assistência na modalidade auxílio direto, é a autoridade central, num primeiro momento, quem dá andamento ou denega o pleito cooperacional. Em seguida, a denegação ou o deferimento seria de alçada de órgãos aos quais a autoridade central brasileira, localizada no Poder Executivo, houvesse repassado o pedido. No campo criminal em que necessitasse de atuação judicial, o pedido poder-se-ia ser analisado pelo MPF ou pela Justiça Federal, a depender da hipótese, conforme já demonstrado.

Em que pese os benefícios advindos da modalidade de assistência auxílio direto, alguns autores se mostraram contrários à legitimidade dessa modalidade, alegando, para tanto, usurpação de competência originária. Nesse sentido, Ricardo Silva defende que o auxílio direto previsto nos tratados internacionais consiste em uma burla à regra de competência constitucional. O autor apregoa que “toda alteração infraconstitucional capaz de subtrair do STF e do STJ a competência para reconhecer os atos judiciais estrangeiros, decisórios ou não decisórios, é inconstitucional, por ofender uma regra constitucional vigente”^[27]. Entendimento esse que não merece prosperar.

Antes mesmo da Emenda Constitucional nº 45, o STF já tinha consentido com a existência do veículo auxílio direto sem haver a necessidade de submissão ao juízo de concessão do *exequatur*. No ano de 2003, a Corte Constitucional, quando da análise da Carta Rogatória nº 10920, assim decidiu:

DECISÃO: Cuida-se de carta rogatória encaminhada pelo Tribunal de Instrução Criminal e Departamento de Investigação e Ação Penal do Porto – República Portuguesa – com o objetivo de proceder à inquirição dos representantes legais do Banco do Brasil S/A, São Paulo e da firma Steffen Empreendimentos e Construções Ltda. 2. Intimados para oferecerem impugnação, os interessados deixaram transcorrer in albis o prazo, conforme

certidão de fl. 38. 3. O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da carta rogatória e, conseqüentemente, o retorno dos autos para que o Parquet adote as providências cabíveis, com fundamento no Decreto nº 1.320, de 30 de novembro de 1994 – Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa. 4. Verifico que o artigo 14 do mencionado diploma legal estabelece que “Os pedidos são expedidos e recebidos diretamente entre as Autoridades Centrais, ou pela via diplomática”, donde se pode concluir que o requerimento pode ser efetivado tanto por carta rogatória (diplomática) quanto pelas Procuradorias Gerais dos dois países, dispensando, na última hipótese, a interferência do Poder Judiciário. 5. Ante essas circunstâncias, acolhendo o parecer do Parquet, não conheço desta carta rogatória, e determino a remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República, para as providências cabíveis. Intime-se. Brasília, 29 de setembro de 2003. Ministro Maurício Corrêa Presidente.[28] (grifo nosso)

Após a Emenda Constitucional nº 45, foi a vez do STJ assentar que aceitaria o auxílio direto passivo. Com efeito, observa-se que o art. 7º, parágrafo único, da Resolução nº 9 de 2005, do próprio STJ[29], dispõe expressamente do auxílio direto, estabelecendo, conforme seu parágrafo único, que:

Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto.[30]

Com base nos argumentos supramencionados, tem-se a possibilidade de convivência pacífica dos dois veículos. Explica-se.

Quanto à carta rogatória, em suma, conclui-se que se há decisão judicial no pedido de assistência, será necessário averiguar a forma de encaminhamento. Caso o Estado estrangeiro encaminhe solicitando tão somente o cumprimento, será imprescindível o juízo de delibação de competência do STJ, porquanto o *exequatur* é exatamente o ‘cumpra-se’ da jurisdição nacional face à ordem oriunda de outra jurisdição.

No que se refere ao auxílio direto, na hipótese de um Estado estrangeiro invocar, a título exemplificativo, um tratado de assistência mútua, enviando, assim, sua decisão judicial e solicitando ao Brasil que faça a análise dos fatos e aja de acordo com seu modelo de persecução penal, abrir-se-á o caminho para a modalidade de auxílio direto.

Assim, o auxílio direto é uma modalidade válida para transportar pleito de assistência penal internacional, possuindo peculiaridades que não ferem a competência constitucional do STJ, o qual apenas pode apreciar a rogatória. Por conseguinte, ampliar a competência do STJ ao auxílio direto seria inconstitucional, pois é adotado, no Brasil, o modelo centralizado de recepção de ordens judiciais estrangeiras, de cunho constitucional e reservado única e exclusivamente ao STJ, conforme se infere do art. 105, I, i, CRFB/88[31].

É constitucional, portanto, a veiculação de pedido de assistência jurídica internacional em matéria penal em instrumento outro que não seja a carta rogatória. A Constituição Federal menciona alguns veículos, mas não os lista taxativamente, tampouco veda ao Brasil que adote outros veículos mediante ratificação de tratados internacionais de cooperação jurídica, em nome da cooperação em prol do desenvolvimento da humanidade, prevista no art. 4º, IX, CRFB/88[32].

4 SUPERAÇÃO DE EVENTUAIS INCOMPATIBILIDADES NORMATIVAS

Na atual conjuntura jurídica internacional, em que se visualizam intensas condutas à margem da lei, é atribuída aos Estados a premente tarefa de reprimir delitos que se desenrolam com feição transnacional. Com efeito, é certo que, em diversos foros internacionais de grande magnitude, inúmeros tratados são discutidos e negociados, como ocorre no Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC, em inglês) no combate ao crime organizado transnacional, ao narcotráfico e à corrupção[33]. A dificuldade, no entanto, não se esgota nesse contexto.

Obtendo-se eventual consenso no plano internacional, outra fase, tão árdua quanto, surge no plano interno: a adaptação, por parte dos signatários dos tratados, das normas de seu direito interno, objetivando a aplicabilidade e eficácia daquilo que fora subscrito.

No tocante ao âmbito normativo do direito brasileiro em que há imprecisão quanto ao tratamento da cooperação jurídica internacional (seja cível ou criminal), tem-se que é crucial a necessidade de mudanças legislativas com o escopo de sistematizar o instrumento da cooperação jurídica penal internacional.

A título elucidativo observa-se que a Resolução n. 9 do STJ[34], que regulamentou o art. 105 da CF[35] no tocante ao *exequatur*, às rogatórias e à homologação de sentença estrangeira, é o texto legislativo mais atual, não obstante esteja limitado às hipóteses em que o Brasil é o Estado requerido. Há, no mesmo sentido, o Regimento Interno do STF[36] no que se refere à extradição.

Em contrapartida, existe um amplo vazio no que atine a atos capitais de uma assistência jurídica internacional. Casos de cooperação direta entre juízes, pedidos de auxílio mútuo e comunicação espontânea não encontram supedâneo constitucional tampouco infraconstitucional, o que enseja, em muitos casos, à sua não admissão. Nesse sentido, Delmas-Marty recomenda um pluralismo ordenado, em que:

As práticas combinam um direito com vocação supranacional a pluralidade dos direitos nacionais, sem deixar de integrar o nível intermediário dos direitos regionais. Conforme referida autora, esse pluralismo é ordenado à medida que os diferentes conjuntos normativos são conectados pelos processos de ordenação, interativos e evolutivos, que esboçam a possibilidade de uma ordem mundial de diversos níveis e distintas velocidades.^[37]

É importante, seguindo o raciocínio preconizado por Delmas-Marty, que sejam alinhavados os principais aspectos que devem ser contemplados na cooperação penal internacional, de maneira que se faça algo legal e adapte um instrumento à nova dinâmica que a sociedade contemporânea impõe.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de se inferir, assim, que a base normativa da cooperação internacional deve ser o acordo bilateral ou multilateral, no qual sejam definidos o objeto, a iniciativa, a forma, os métodos e o procedimento para envio e recepção de cada solicitação de assistência internacional. Sabe-se, entretanto, que é parco o conteúdo já legislado ou incorporado no ordenado jurídico brasileiro.

Assim, especialmente no que tange à produção e à eficácia da prova penal, devem, tomando-se como base um pensamento dedutivo, ser consideradas à luz de normativas internacional, sempre sob o paradigma do respeito às garantias fundamentais, haja vista a inexistência de consenso normativo interestatal.

À vista da ausência de instrumento jurídico formal a nortear a assistência jurídica objetivada aos procedimentos referentes à colheita de prova, o

consentimento do Estado requerido, nessa hipótese, justificaria a cooperação, contanto que os ordenamentos jurídicos envolvidos reconheçam as garantias fundamentais do investigado, e controle, seja judicial ou administrativamente, os excessos eventualmente cometidos pelo Estado investigador. Mas se houver ausência plena de entendimento formal ou informal, Fábio Bechara assevera que "todo o processamento dos atos de assistência jurídica penal internacional, nas hipóteses em que o Brasil figurar como Estado requerente ou como Estado requerido, dever-se-á orientar de acordo com a normativa interna"^[38].

Portanto, no caso de inexistir acordo bilateral ou multilateral, ou inclusive entendimento informal entre os envolvidos, no sentido de qual norma lei ser observada no atendimento de pedido de assistência jurídica internacional, se a lei do Estado requerido ou do requerente, no caso brasileiro, recomende-se que legislação brasileira adote a regra esculpida na lei do Estado requerente no atendimento aos pedidos referentes à produção de provas, observando, sobretudo, a ordem pública e a soberania nacional.

6 REFERÊNCIAS

- 1 FINKELSTEIN, Claudia; CARVALHO, Marina Amaral Egydio de. Homologação de sentença estrangeira e execução de carta rogatória no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT, v. 13, n. 50, p. 281, jan./mar. 2005.
- 2 NOGUEIRA JUNIOR, Alberto. Qual o futuro para as cartas rogatórias em ações penais contra crimes de lavagem de dinheiro? Ligeiras observações sobre decisões judiciais proferidas no caso propinoduto. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 30, n. 126, p. 251, ago. 2005.
- 3 BRAZ, Mário Sérgio A. Imunidade de jurisdição e negativa de *exequatur* a cartas rogatórias passivas. **Revista Forense**, v. 100, n. 376, p. 431, nov./dez. 2004.
- 4 BRASIL. **Código de processo civil**. 2015. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 3 set. 2016.
- 5 BRASIL. **Código de processo penal**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 4 set. 2016.
- 6 BRASIL. **Código de processo penal**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 4 set. 2016.

7 TIBÚRCIO, Carmen. O Direito Constitucional Internacional no Brasil pós-EC n. 45/2004. **Revista Forense**, v. 102, n. 384, p.23, mar./abr. 2006.

8 MACHADO, Maíra Rocha. **Cooperação Penal Internacional no Brasil**: as cartas rogatórias passivas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais*, n. 53, mar./abr. 2005.

9 2004 *apud* DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.

10 ARAÚJO, Nadia de; SALLES, Carlos Alberto de; ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Medidas de cooperação interjurisdicional no Mercosul. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 30, n. 123, maio 2005, p. 45.

11 BRASIL. **Código de processo civil**. 2015. Art. 29. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 set. 2016.

12 DIPP, Gilson Langaro. Carta rogatória e cooperação internacional. In: BRASIL. **Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos**. Cooperação em matéria penal. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2008. p. 32.

13 BRASIL. **Código de processo civil** (2015). Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 4 set. 2016.

14 BRASIL. **Decreto nº 8.668** (2016). Art. 2º, II, 1. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8668.htm>. Acesso em: 4 set. 2016.

15 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 7 set. 2016.

16 BRASIL. **Manual de cooperação internacional**. 2ª coleção MPF internacional, Brasília-DF, 2015.p. 13. Disponível em: <http://www.internacional.mpf.mp.br/imagens/temas_cooperacao_internacional_ver_sao_online.pdf>. Acesso em: 7 set. 2016.

17 DIPP, Gilson Langaro. **Carta rogatória e cooperação internacional**. *Revista CEJ*, Brasília, ano XI, n. 38, jul./set. 2007, p. 40.

18 ARAÚJO, Nadia de. Prefácio. In: CASELLA, Paulo B.; SANCHEZ, Rodrigo E. (Org.). **Direito internacional privado. Teoria e prática brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.270.

19 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 7 set. 2016.

20 DIPP, Gilson Langaro. Carta rogatória e cooperação internacional. **Revista CEJ**, Brasília, ano XI, n. 38, jul./set. 2007, p. 40-41.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **Pet 5946/DF**, Rel. Orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 16/8/2016 (Info 835).

22 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 set. 2016.

23 BRASIL. Constituição (1988). **Emenda constitucional n. 45** (2004). Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resolução n. 9** (2005). Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/legislacao/doc.jsp?livre=cartas+rogat%F3rias&&b=LEGI&p=true&t=&l=20&i=1>>. Acesso em: 10 set. 2016.

25 BRASIL. **Lei n. 12.376/2010**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

26 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC: 85588 RJ**, Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 05/03/2005. Data de Publicação: DJ 16/03/2005.

27 SILVA, Ricardo Perlingueiro Mendes da. **Anotações sobre o anteprojeto de lei de cooperação jurídica internacional**. Revista de Processo, n. 129, p. 133-160, nov. 2005.

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Carta Rogatória nº 10920 / PT** – Portugal Carta Rogatória Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 29/09/2003 Publicação DJ 10/10/2003 p. 09.

29 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resolução n. 9 (2005)**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/legislacao/doc.jsp?livre=cartas+rogat%F3rias&&b=LEGI&p=true&t=&l=20&i=1>>. Acesso em: 10 set. 2016.

30 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resolução n. 9 (2005), art. 7º, parágrafo único**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/legislacao/doc.jsp?livre=cartas+rogat%F3rias&&b=LEGI&p=true&t=&l=20&i=1>>. Acesso em: 10 set. 2016.

31 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 set. 2016.

32 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 set. 2016.

33 Organizações das Nações Unidas. **Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencia/unodc/>>. Acesso em: 05 out. 2016.

34 BRASIL. **Resolução n. 9 do STJ**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/legislacao/doc.jsp?livre=cartas+rogat%F3rias&&b=LEGI&p=true&t=&l=20&i=1>>. Acesso em: 10 set. 2016.

35 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 set. 2016.

36 BRASIL. **Regimento interno do Supremo Tribunal Federal do Brasil** (1980). Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_1980.pdf>. Acesso em: 22 set. 2016.

37 DELMAS-MARTY, Mireille. Libertés et sûretédans un monde dangereux. Paris: Seuil, 2010 *apud* BRASIL. **Manual de cooperação internacional**. 2ª coleção MPF internacional, Brasília-DF, 2015.

38 BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**: eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 190.

NOTAS:

[1] FINKELSTEIN, Claudia; CARVALHO, Marina Amaral Egydio de. Homologação de sentença estrangeira e execução de carta rogatória no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT, v. 13, n. 50, p. 281, jan./mar. 2005.

[2] NOGUEIRA JUNIOR, Alberto. Qual o futuro para as cartas rogatórias em ações penais contra crimes de lavagem de dinheiro? Ligeiras observações sobre decisões judiciais proferidas no caso propinoduto. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 30, n. 126, p. 251, ago. 2005.

[3] BRAZ, Mário Sérgio A. Imunidade de jurisdição e negativa de *exequatur* a cartas rogatórias passivas. **Revista Forense**, v. 100, n. 376, p. 431, nov./dez. 2004.

[4] BRASIL. **Código de processo civil**. 2015. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 3 set. 2016.

[5] BRASIL. **Código de processo penal**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 4 set. 2016.

[6] BRASIL. **Código de processo penal**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 4 set. 2016.

[7] TIBÚRCIO, Carmen. O Direito Constitucional Internacional no Brasil pós-EC n. 45/2004. **Revista Forense**, v. 102, n. 384, p.23, mar./abr. 2006.

[8] MACHADO, Maíra Rocha. **Cooperação Penal Internacional no Brasil**: as cartas rogatórias passivas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais*, n. 53, mar./abr. 2005.

[9] 2004 *apud* DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.

[10] ARAÚJO, Nadia de; SALLES, Carlos Alberto de; ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Medidas de cooperação interjurisdicional no Mercosul. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 30, n. 123, maio 2005, p. 45.

[11] BRASIL. **Código de processo civil**. 2015. Art. 29. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em: 14 set. 2016.

[12] DIPP, Gilson Langaro. Carta rogatória e cooperação internacional. In: BRASIL. **Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos**. Cooperação em matéria penal. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2008. p. 32.

[13] BRASIL. **Código de processo civil** (2015). Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 4 set. 2016.

[14] BRASIL. **Decreto nº 8.668 (2016)**. Art. 2º, II, 1. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8668.htm>. Acesso em: 4 set. 2016.

[15] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 7 set. 2016.

[16] BRASIL. **Manual de cooperação internacional**. 2ª coleção MPF internacional, Brasília-DF, 2015.p. 13. Disponível em: <http://www.internacional.mpf.mp.br/imagens/temas_cooperacao_internacional_ver_sao_online.pdf >. Acesso em: 7 set. 2016.

[17] DIPP, Gilson Langaro. **Carta rogatória e cooperação internacional**. *Revista CEJ*, Brasília, ano XI, n. 38, jul./set. 2007, p. 40.

[18] ARAÚJO, Nadia de. Prefácio. In: CASELLA, Paulo B.; SANCHEZ, Rodrigo E. (Org.). **Direito internacional privado**. Teoria e prática brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.270.

[19] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 7 set. 2016.

[20] DIPP, Gilson Langaro. Carta rogatória e cooperação internacional. **Revista CEJ**, Brasília, ano XI, n. 38, jul./set. 2007, p. 40-41.

[21] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **Pet 5946/DF**, Rel. Orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 16/8/2016 (Info 835).

[22] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
Acesso em: 9 set. 2016.

[23] BRASIL. Constituição (1988). **Emenda constitucional n. 45** (2004). Brasília, DF. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>.
Acesso em: 10 set. 2016.

[24] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resolução n. 9** (2005). Brasília, DF. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/legislacao/doc.jsp?livre=cartas+rogat%F3rias&&b=LEGI&p=true&t=&l=20&i=1>>. Acesso em: 10 set. 2016.

[25] BRASIL. **Lei n. 12.376/2010**. Brasília, DF. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm>.
Acesso em: 10 set. 2016.

[26] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC: 85588 RJ**, Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 05/03/2005. Data de Publicação: DJ 16/03/2005.

[27] SILVA, Ricardo Perlingueiro Mendes da. **Anotações sobre o anteprojeto de lei de cooperação jurídica internacional**. Revista de Processo, n. 129, p. 133-160, nov. 2005.

[28] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Carta Rogatória nº 10920 / PT** – Portugal Carta Rogatória Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 29/09/2003 Publicação DJ 10/10/2003 p. 09.

[29] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resolução n. 9 (2005)**. Brasília, DF. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/legislacao/doc.jsp?livre=cartas+rogat%F3rias&&b=LEGI&p=true&t=&l=20&i=1>>. Acesso em: 10 set. 2016.

[30] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resolução n. 9 (2005), art. 7º, parágrafo único**. Brasília, DF. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/legislacao/doc.jsp?livre=cartas+rogat%F3rias&&b=LEGI&p=true&t=&l=20&i=1>>. Acesso em: 10 set. 2016.

[31] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 set. 2016.

[32] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 set. 2016.

[33] Organizações das Nações Unidas. **Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencia/unodc/>>. Acesso em: 05 out. 2016.

[34] BRASIL. **Resolução n. 9 do STJ**. Brasília, DF. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/legislacao/doc.jsp?livre=cartas+rogat%F3rias&&b=LEGI&p=true&t=&l=20&i=1>>. Acesso em: 10 set. 2016.

[35] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 set. 2016.

[36] BRASIL. **Regimento interno do Supremo Tribunal Federal do Brasil** (1980). Brasília, DF. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_1980.pdf>. Acesso em: 22 set. 2016.

[37] DELMAS-MARTY, Mireille. Libertés et suretés dans un monde dangereux. Paris: Seuil, 2010 *apud* BRASIL. **Manual de cooperação internacional**. 2ª coleção MPF internacional, Brasília-DF, 2015.

[38] BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**: eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 190.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA POR OBRIGAÇÃO DECORRENTE DE FIANÇA CONCEDIDA EM CONTRATO DE LOCAÇÃO

MICHAEL CRAVEIRO DA SILVA:

Acadêmico do Curso de Direito do Centro
Universitário Católica do Tocantins

VINÍCIUS PINHEIRO MARQUES[1]

(orientador)

RESUMO: Este artigo aborda aspectos que induzem a inconstitucionalidade da previsão legal que autorizou a penhora do bem de família do fiador do contrato locatício. A partir de uma compreensão geral acerca do processo executivo e da proteção instituída pela Lei n.º 8.009/1990 ao bem de família, debateu-se o contrato de fiança e a posição do Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade do artigo 3.º, inciso VII desta lei. Apontou-se, por fim, que a desproteção que representa esta previsão legal ao único imóvel residencial (bem de família) do fiador do contrato locatício desvela-se incompatível com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, da isonomia e com a garantia social da moradia, razão por que é inconstitucional. Em remate, considerando o recente posicionamento da Primeira Turma da Corte Suprema no RE 605.709/SP, afirmou-se que o Tribunal Supremo aparentemente caminha para a declaração de inconstitucionalidade da norma mesmo na hipótese de contrato de locação residencial, contrariamente ao entendimento anteriormente adotado.

Palavras-chave: bem de família; contrato de locação; fiador; impenhorabilidade.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. NOÇÕES GERAIS ACERCA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO FORÇADA: 1.1. Da responsabilização patrimonial no processo executivo: 1.2. Dos bens impenhoráveis; 2. DO BEM DE FAMÍLIA: 2.1. Aspectos gerais sobre o bem de família: 2.2. Do bem de família convencional: 2.3. Do bem de família legal: 2.4. Das exceções à impenhorabilidade do bem de família; 3. DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO: 3.1. Aspectos gerais sobre a fiança: 3.1.1. Da fiança no contrato de locação: 3.2. Da penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação: 3.2.1. Dos posicionamentos das Cortes Superiores acerca da constitucionalidade da penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação: 3.3. Da inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador de contrato de locação: 3.3.1. Da violação ao princípio da isonomia: 3.3.2. Da violação à garantia social da moradia: 3.3.3. Da violação ao princípio da dignidade da pessoa humana: 3.3.4. Da possibilidade de se alcançar novo

entendimento quanto à inconstitucionalidade da penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, conjugado ao direito fundamental à moradia, expressamente previsto na Constituição da República como direito social por meio da Emenda Constitucional n. 26/2000, representam, em suma, o alicerce da impenhorabilidade do bem de família.

Instituído de maneira especial na ordem jurídica por meio da Lei n. 8.009/1990, o instituto buscou conservar às entidades familiares e indivíduo único o seu próprio teto, preservando-lhes uma existência digna em detrimento do princípio geral das obrigações concernente à responsabilidade patrimonial, segundo o qual o patrimônio do devedor é responsável por suas dívidas.

Dentre as exceções à impenhorabilidade previstas em referida lei, arroladas na extensão de seu artigo 3.º, lê-se que esta não é oponível em processo de execução movido em virtude de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, dispositivo cuja constitucionalidade sempre foi questionada por relevantes vozes da doutrina civilista.

Não obstante a apreciação da matéria e manifestação do Supremo Tribunal Federal, afirmando a constitucionalidade de referida previsão legal – entendimento exarado no Recurso Extraordinário n.º 407688/SP (2006) –, o debate não se encerrou, pois ainda estimulado pela divergência de votos em referido julgado, propostas legislativas pela revogação do trecho legal e por oposição de parte respeitável da doutrina, que protesta a sua inconstitucionalidade.

Examinar-se-á, portanto, por meio deste trabalho, a constitucionalidade do artigo 3.º, inciso VII, da Lei do Bem de Família, e se, considerando a atual composição do Supremo Tribunal Federal, a Corte Suprema poderia rever o entendimento exarado no julgado supracitado e, contrariamente, reconhecer a inconstitucionalidade de referida prescrição legal.

Para tanto, identificar-se-ão os aspectos gerais do bem de família e sua impenhorabilidade para, ao fim, analisar-se a constitucionalidade da penhora sobre o bem de família daquele que afiança o contrato de locação. Utilizar-se-á do método de abordagem qualitativo, em razão da natureza valorativa desta análise, colhendo-se as informações pertinentes por meio dos instrumentos bibliográfico e documental.

A importância desta pesquisa traduz-se pela necessidade de aclarar a inconstitucionalidade de dispositivo legal que, ao fim, incompatibiliza-se com a Carta Constitucional, ao violar o princípio da isonomia e proporcionalidade, bem como a dignidade da pessoa humana, não tendo sido igualmente recepcionado pela Emenda Constitucional n. 26, de 2000, a qual, dentre outros, instituiu o direito social à moradia.

Inicialmente, abordar-se-ão as características gerais do processo de execução, o qual é pautado no princípio da patrimonialidade, bem como os bens que são inatingíveis pelo processo executivo. Após, serão apontados os aspectos gerais do bem de família e da fiança no contrato de locação como exceção à impenhorabilidade estabelecida pela Lei do Bem de Família. Por fim, serão debatidos os motivos pelos quais esta disposição legal pode ser considerada inconstitucional e a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal reconhecer sua incompatibilidade com a Carta Federal, diferentemente do posicionamento anteriormente adotado.

1. NOÇÕES GERAIS ACERCA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO FORÇADA

O processo de execução forçada é o meio pelo qual o credor, em busca da satisfação de uma obrigação não quitada voluntariamente, desperta a intervenção judicial para obrigar o devedor a solvê-la. Diz-se forçada porque “somente quando o obrigado não cumpre voluntariamente a obrigação é que tem lugar a intervenção do órgão judicial executivo” (THEODORO JÚNIOR, 2020, p. 212), o qual, utilizando-se de uma série de providências executivas, sobretudo que agridam o patrimônio do devedor, coagi-lo-á a cumprir a obrigação.

Neste aspecto, pensa-se em processo executivo como sendo aquele no qual o juiz, em vez de julgar – como o faz no processo de conhecimento –, debruça-se apenas em realizar, isto é, produzir na realidade fática o quadro necessário para igualá-lo à situação registrada no título executivo (THEODORO JÚNIOR, 2020). Pode-se dizer, inspirado neste mesmo doutrinador, que o Estado atua no processo executivo cumprindo uma atividade que competia ao devedor, ou seja, a satisfação do crédito.

1.1. Da responsabilização patrimonial no processo executivo

No direito processual civil brasileiro, o processo de execução se concretiza por meio da responsabilização patrimonial, característica concebida por Bueno (2014) como princípio da patrimonialidade, o qual, em suma, rege o processo executivo em direção somente do patrimônio do réu, não sobre sua pessoa. Na lição de Elpídio Donizetti (2020, p. 937):

A regra geral é de que, para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei, o devedor responde com todos os seus bens presentes, ou seja, aqueles que compõem o patrimônio no momento do ajuizamento da execução, e futuros, isto é, aqueles que vierem a ser adquiridos no curso da execução, enquanto não declarada a extinção das obrigações, ainda que pelo advento da prescrição (art. 789).

Em breve significação, ladeando o ensino precitado, a responsabilidade patrimonial significa que o patrimônio do devedor será o único alvo da ação executiva, salvo quando do não pagamento de pensão alimentícia – o qual poderá ensejar o encarceramento do executado como meio para forçar a satisfação da pretensão alimentícia executada. A Constituição da República, na dicção do artigo 5.º, inciso LXVII, proíbe, por exemplo, a prisão civil por dívida, excetuando a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia.

Regra geral, portanto, os bens do executado[2], quando do processo de execução, encarregam-se de liquidarem o pagamento do crédito, em proporção que baste à sua absoluta satisfação, nos termos do artigo 789 do Diploma Processual Civil. Neste jaez, registre-se que não somente os bens preexistentes à formação da obrigação e ajuizamento da execução são responsáveis pela satisfação forçada do crédito, mas igualmente aqueles que acabem por integrar o patrimônio do executado em momento superveniente à propositura da demanda executiva (NÓBREGA, 2016).

1.2. Dos bens impenhoráveis

Alguns bens, no entanto, são inalcançáveis pelo processo executivo, dada sua natureza: tratam-se dos bens que a lei reputa como impenhorável ou inalienável. Os bens impenhoráveis estão imunes à agressão advinda do processo executivo porque são considerados indispensáveis à residência ou provimento alimentar da pessoa alvo do processo de execução, o devedor.

Lado outro, fosse o processo executivo ilimitado em seu poderio, admitir-se-ia que do devedor, em detrimento do cumprimento compulsório de uma obrigação, fossem arrancados até os bens mais básicos e imprescindíveis à sua vida, afastando-o das condições mínimas de sobrevivência, distanciando-o igualmente de uma condição digna de pessoa humana.

De fato, a limitação à busca pela satisfação do direito do exequente possui estreita ligação com a preservação da dignidade do obrigado, que, neste caso, é alçada a posição superior ao direito de crédito do exequente, por razões de cunho humanitário (NEVES, 2018). Ainda conforme este autor (2018, p. 130), “a preocupação

de preservar o obrigado – e também sua família – fez com que o legislador passasse a prever formas de dispensar o mínimo necessário à sua sobrevivência digna, mesmo que em sacrifício da satisfação do direito exequendo”.

De acordo com o artigo 833 do Código de Processo Civil:

Art. 833. São impenhoráveis:

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º ;

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;

VI - o seguro de vida;

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;

XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

§ 1º A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição.

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º.

§ 3º Incluem-se na impenhorabilidade prevista no inciso V do caput os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual produtora rural, exceto quando tais bens tenham sido objeto de financiamento e estejam vinculados em garantia a negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária.

Além da previsão constante da Lei Civil Adjetiva, a impenhorabilidade de alguns bens é também prevista em outro diploma e na legislação extravagante, como é o caso da impenhorabilidade do bem de família, estatuída pela Lei n. 8.009/1990, mas igualmente contemplada, em uma outra modalidade (convencional/voluntária), no Código Civil.

2. DO BEM DE FAMÍLIA

2.1. Aspectos gerais sobre o bem de família

O bem de família originou-se no direito americano, ao contrário de boa parte dos institutos do direito privado, que são oriundos do direito romano (VELOSO, 1990). O instituto nasceu na antiga República do Texas, sendo o objeto a ser

protegido, naquela oportunidade, de acordo com a lição de Azevedo (2007) “uma pequena propriedade agrícola, residencial, da família, consagrada à proteção desta” (AZEVEDO, 2007, p. 102).

A Constituição texana, de 1836, estabelecia que todo cidadão, “com exceção dos negros africanos e seus descendentes” (!), poderia obter do Governo uma porção de terra para nela se estabelecer, trabalhar e produzir. Em 26 de janeiro de 1939 foi promulgada a “Lei do Homestead”, que declarou isentas de execução judicial por dívidas as sortes de terras até 50 acres, ou terrenos urbanos. [...]. A ideia vingou, e o “homestead” foi acolhido e regulado na legislação de quase todos os estados norte-americanos (VELOSO, 1990, p. 203).

O contexto histórico da origem do *homestead* retrata extensas penhoras de bens dos devedores, em momento de profunda crise financeira norte-americana, em que era inviável a obtenção de crédito (AZEVEDO, 2007) e, ainda assim, os devedores tiveram que “sofrer essa execução por preços irrisórios, resumindo-se um patrimônio, composto de terra, animais e instrumentos agrícolas, em quase nada, ante o exorbitante valor por eles pago antes da crise” (AZEVEDO, 2007, p. 103).

Ainda consoante Azevedo (2007), a legislação texana voltou-se, portanto, a estabelecer o homem na terra, proporcionando-o, para tanto, condições dignas que o protegessem e a seus bens em conjuntura socioeconômica em que tais garantias refletiam o mínimo para a reconstrução financeira dos emigrantes que se fixaram em seu território.

Foram, nessa época, após veemente movimento democrático dos trabalhadores em geral, editadas inúmeras leis protegendo-os, surgindo, em 1833, a que aboliu a prisão por dívidas, princípio hoje consagrado nas Constituições dos povos civilizados.

A lei do homestead trouxe ao lado da impenhorabilidade dos bens domésticos móveis, que foram, primeiramente, objeto de proteção, também a dos bens imóveis. Daí residir, nesta última característica, a originalidade do instituto e o objeto central de sua abrangência (p. 340)

No ordenamento jurídico pátrio, aportou o instituto do bem de família ainda durante a tramitação do Código Civil de 1916 no Senado, na forma de emenda, a qual foi aceita, ficando a matéria, por fim, positivada no Livro das Pessoas, na Parte

Geral, sendo mais tarde remanejada para o Livro Segundo (Dos Bens) (VELOSO, 1990), onde permaneceu até a vigência do Código Civil de 2002, no qual está disciplinada no título atinente ao Direito de Família (artigo 1.711 e seguintes).

Ao conceituar o bem de família, Flávio Tartuce (2020, p. 732) exarou o seguinte excerto: “o bem de família pode ser conceituado como o imóvel utilizado como residência da entidade familiar, decorrente de casamento, união estável, entidade monoparental ou outra manifestação familiar, protegido por previsão legal específica”, como semelhantemente é a previsão do artigo 5.º da Lei n. 8.009/1990.

2.2. Do bem de família convencional

De antemão, deve-se distinguir o bem de família legal e o convencional, reconhecendo-se que este diz respeito ao instituto disciplinado no Código Civil (artigos 1711 a 1722) e aquele ao regulado pela Lei n. 8.009/1990, sendo acerca desta o presente estudo.

Em síntese, à luz dos dispositivos supracitados, o bem de família convencional pode ser instituído pelos cônjuges, pela entidade familiar ou terceiro, constituindo-se pelo registro do seu título no Registro de Imóveis, desde que consista em imóvel residencial, rural ou urbano (incluídos os bens acessórios que o compõem). Destarte, o bem se tornará isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, ressalvadas as exceções previstas em lei.

Como válido destaque, esclareça-se que as exceções à impenhorabilidade previstas no artigo 1.715 do Código Civil não se confundem com aquelas dispostas no artigo 3.º da Lei do Bem de Família, importante observação de Flávio Tartuce (2020), que chama a atenção do intérprete para tal distinção.

Segundo o civilista, são três as exceções à impenhorabilidade do bem de família voluntário (convencional): as dívidas anteriores à sua constituição; dívidas provenientes de tributos relativos ao prédio (obrigações *propter rem*); e despesas de condomínio, ainda que posteriores à instituição.

2.3. Do bem de família legal

Por sua vez, o bem de família legal é obrigatório, instituído por meio da Lei n. 8.009/1990, sendo também irrenunciável, haja vista tratar-se de matéria de ordem pública, prevalecendo sobre a vontade do beneficiário. Nesta hipótese, inobstante a ausência de sua formalização pela entidade familiar – abrigando voluntariamente o bem sob a impenhorabilidade, como na hipótese supracitada –, a proteção se conserva por força de imperativo legal.

Ao abordar a matéria, Flávio Tartuce cita que o instituto trata-se “de importante norma de ordem pública que protege tanto a família quanto a pessoa humana” (2020, p. 737). Ressoa no mesmo sentido o ensino de Arnaldo Rizzardo (2019, p. 811), que discorre:

No elenco de direitos e garantias, têm-se como da maior relevância aqueles que dizem com a vida e a dignidade do ser humano, envolvendo naturalmente a proteção à moradia, que deve constituir uma das principais metas políticas do próprio Estado. Nesta dimensão, introduziram-se leis destinadas a proteger o patrimônio formado pelos bens utilizados para as pessoas se abrigarem e viverem individualmente ou no conjunto familiar. Isto porque, na escala de valores, existe uma hierarquia, devendo os de menor importância ceder lugar aos que lhe estão acima. O direito a um crédito não pode, na sua satisfação, acarretar consequências ou efeitos tão drásticos que ferem a dignidade e o próprio direito de viver. Evidente que, entre o direito ao pagamento de uma dívida e o de morar, este fica numa escala imensamente superior, merecendo privilégios na proteção.

Colhendo-se o entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do bem de família, a instrução de Tartuce (2020) sustenta que a Corte Superior concebe a tutela emanada da impenhorabilidade do bem de família como uma proteção voltada à pessoa humana e sua premente necessidade de moradia, não se resumindo, portanto, a uma proteção limitada à família somente ou mesmo em uma guarida especial do devedor.

A proteção introduzida pela Lei n. 8.009/1990, que consta do seu primeiro dispositivo, no que concerne ao seu objeto, repousa sobre o imóvel residencial do casal ou da entidade familiar, compreendendo o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Estes bens são impenhoráveis diante de dívidas civis, comerciais, fiscais, previdenciárias ou de outra natureza, de acordo com a redação legal, enquanto seus sujeitos, na preleção de Ricardo Arcoverde (2010, p. 26-27), são:

Além dos cônjuges, dos conviventes ou dos parentes, todos os demais integrantes da família ou da entidade familiar, ou o

morador singular, que residam definitivamente no imóvel serão beneficiários desse direito, na medida em que a inexecutibilidade os favoreça e também lhes permita qualquer defesa processual contra uma constrição indevida.

2.4. Das exceções à impenhorabilidade do bem de família

Como exceções ao abrigo da impenhorabilidade, a Lei n. 8.009/1990, em seu artigo 3.º, elenca as situações em que a impenhorabilidade não será oponível, isto é, não resguardará a propriedade do executado ainda que sob a égide da Lei do Bem de Família. As hipóteses constam a seguir:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I - Revogado pela Lei Complementar n. 150, de 2015;

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III - pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida;

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Observa-se que, a despeito da ampla tutela humana que representa a impenhorabilidade do bem de família, optou o legislador por obstar a sua

indiscriminada aplicabilidade, elegendo situações que a ressalvam, como, por exemplo, a previsão constante do inciso VII, o qual enfrentou e enfrenta duras críticas, pois, segundo entendimento de nomes importantes da doutrina civilista, o dispositivo é inconstitucional.

3. DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO

3.1. Aspectos gerais sobre a fiança

Como garantia para o cumprimento de uma obrigação, pode o devedor oferecer, por exemplo, um bem (patrimônio, em sentido específico), o qual se vincula à quitação daquela, sendo esta modalidade de garantia nominada como garantia real ou caução real (como exemplo, tem-se o penhor, hipoteca e anticrese). Se, doutro modo, o adimplemento da obrigação for assegurado por um terceiro (patrimônio, em sentido geral), como garantia de seu cumprimento, tem-se a garantia pessoal, da qual a fiança é um exemplo.

A fiança é uma “típica garantia pessoal, baseada na confiança, fidúcia depositada na pessoa do garante, o fiador” (VENOSA, 2019, p. 753), por isso chamada igualmente de obrigação fidejussória, exatamente porque baseada na confiança do credor no fiador, pois o contrato é realizado entre estes. Na fiança, a partir do estabelecimento de uma obrigação acessória, firma-se a garantia do cumprimento de uma obrigação, pela qual o fiador responderá, em última análise, com seu patrimônio, se o devedor não a cumprir (VENOSA, 2019).

O contrato de fiança trava-se entre o fiador e o credor do afiançado. Sua natureza é a de um contrato subsidiário, por ter a execução condicionada à inexecução do contrato principal. Por outras palavras, a obrigação fidejussória só se torna exigível se a obrigação principal não for cumprida. Contudo, tal sucessividade não é da essência do contrato de fiança. Podem os interessados eliminá-la, estipulando a solidariedade entre o fiador e o afiançado, como, de regra, se procede na prática (GOMES, 2019, p. 444).

Algumas características gerais da fiança merecem destaque. Enquanto contrato, a fiança é considerada um contrato unilateral, haja vista dar origem à obrigação somente para o fiador (VENOSA, 2019). Além disso, ainda consoante este autor, é tradicionalmente um contrato gratuito, firmado de forma desinteressada. Interpretado de forma restritiva, o contrato de fiança é ainda, em regra, acessório, consensual e formal, estando disciplinado no Código Civil a partir do artigo 818.

Nesse sentido, colhe-se fragmento do ensino de Paulo Lôbo, que reforça as supracitadas características:

O contrato de fiança é, por sua natureza, gratuito, pois é negócio jurídico benéfico. É também unilateral, não havendo contraprestação do credor e do devedor da dívida principal. Tem sido admitida a fiança onerosa, que refoge ao sentido tradicional da fiança, quando o devedor contrata a fiança mediante pagamento de determinado valor e durante tempo certo, principalmente com instituição financeira, também denominada carta de fiança. Todavia, para Pontes de Miranda (1972, v. 44, p. 112), a onerosidade que se atribui à fiança não a faz fiança onerosa, sendo elemento estranho; há, necessariamente, outro negócio jurídico, ainda que no mesmo instrumento, que atribui ao fiador contraprestação pelo seu ato de ser fiador. De natureza distinta é o seguro-fiança, como espécie de contrato de seguro, cujo evento a ser indenizado é o não pagamento da dívida pelo devedor (LÔBO, 2017, p. 418-419).

A fiança é uma das garantias mais utilizadas nas relações negociais, sobretudo em se tratando de contratos de locação de imóveis urbanos, os quais, em que pese outras modalidades de garantias previstas em lei, exigem, em sua maioria, a garantia de fiador para sua conclusão (LÔBO, 2017).

3.1.1. Da fiança no contrato de locação

A Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245/91) previu uma série de garantias –, a fim de se reduzir os riscos do inadimplemento do devedor locatário –, que podem ser exigidas pelo locador quando da celebração do contrato de locação. Trata-se de rol taxativo. Para Sylvio Capanema de Souza (2019, p. 181), “as garantias locatícias estão elencadas em *numerus clausus*, não se admitindo qualquer outra, além das que estão referidas no artigo 37, sob pena de nulidade da cláusula”.

Estas garantias são obrigações acessórias, vinculadas à obrigação principal de locação. Por seu caráter acessório, a garantia extingue-se caso a obrigação principal, a locação, seja finalizada, assim como, em caso de nulidade ou anulabilidade do contrato de locação, inquina-se, da mesma sorte, a garantia (SOUZA, 2019). Não custa lembrar, pois evidente, que o contrato de locação poderá ser celebrado sem o estabelecimento de qualquer garantia.

Dentre as modalidades previstas no artigo 37 da precitada legislação, encontram-se a caução (inciso I) e cessão fiduciária de quotas de fundos de investimento (inciso IV) enquanto garantias reais, bem como a fiança (inciso II) e seguro de fiança locatícia (inciso III) enquanto garantias fidejussórias.

Conforme redação do artigo 818 do Código Civil Brasileiro, “pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”. Portanto, no contrato de locação, a menos que haja previsão contratual expressa em sentido diverso, “a fiança vai abranger, quanto ao conteúdo, o aluguel, os encargos, a indenização pelos danos no imóvel e, até mesmo, as despesas judiciais [...]” (SLAIBI FILHO; SÁ, 2010, p. 262), caso haja ciência da ação pelo fiador.

As disposições constantes do Código Civil a respeito da fiança têm aplicação praticamente integral ao instituto quando este compõe o contrato de locação, conforme leciona Sílvio de Salvo Venosa (2019), o que, ainda assim, reclama a atenção do intérprete quanto às especificidades desta garantia à luz da Lei do Inquilinato, uma das quais, a saber, a possibilidade de se penhorar o bem de família do fiador do contrato de locação, o que será abordado em seguida.

3.2. Da penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação

A previsão legal que excetuou a execução por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação da impenhorabilidade do bem de família não nasceu com a Lei n. 8.009/1990, mas foi a Lei n. 8.245/1991 (Lei do Inquilinato), por meio do seu artigo 82, que acrescentou o inciso VII ao artigo 3.º da Lei n. 8.009/1990.

Assim, em virtude desta previsão legal, a execução em razão de fiança locatícia é capaz de romper a proteção estatuída pela Lei do Bem de Família e fazer com que o executado/fiador perca o seu único imóvel residencial em detrimento do cumprimento da obrigação afiançada.

Postergado para adiante o debate acerca da constitucionalidade desta previsão, diz-se desta que visa proteger o mercado imobiliário, sendo norma que, na opinião de Nagib Sliabi Filho Nagib e Romar Sá (2010, p. 507), era necessária, “[...] pois era muito difícil ao inquilino obter fiador que tivesse mais de um imóvel para dar em garantia, eis que o imóvel em que residia era impenhorável e, assim, praticamente representava bem *extra commercium*”.

No tocante à intenção legislativa, aponta Sílvio de Salvo Venosa (2019) que o legislador entendeu que, sem esta exceção, a possibilidade da concessão de fiança

em contrato de locação estaria restringida, já que os fiadores desta espécie de contrato deveriam possuir patrimônio para além do imóvel residencial, o qual seria inútil em eventual processo de execução, uma vez que estaria protegido pela impenhorabilidade instituída pela Lei do Bem de Família.

O PL n. 912/1991, transformado na Lei Ordinária n. 8.245/1991 (Lei do Inquilinato), foi de iniciativa do Poder Executivo, mais especificamente um fruto da Política Habitacional elaborada pelo antigo Ministério da Ação Social.

Em sua exposição de motivos, o Governo Federal apontou, em suma, que a Lei do Inquilinato que vigorava à época era excessivamente protecionista, haja vista que presumia uma hipossuficiência do inquilino, o que, ainda conforme a justificativa apresentada para estrear uma nova legislação a respeito das locações, “restou por inviabilizar a locação de imóveis e os investimentos que tradicionalmente eram destinados à construção civil, especialmente na área de habitação”[3].

Além disso, a exposição de motivos indicou que, pelo mesmo motivo precitado, houve uma queda de investimentos em imóveis residenciais e escassez de imóveis residenciais para locação, “o que tem levado o mercado a elevar excessivamente o valor inicial do aluguel, gerando, entre outras consequências, a elevação dos índices inflacionários”[4].

Destarte, o que a exposição de motivos sugere do contexto em que foi instituída a última Lei do Inquilinato – e, conseqüentemente, a possibilidade de se penhorar o bem de família do fiador do contrato de locação –, é que a antiga regulamentação das locações dirigia uma proteção excessiva ao locatário, o que, por fim, ainda segundo a exposição de motivos, trouxe prejuízo ao mercado imobiliário.

Ao excluir o fiador do contrato de locação da benesse prevista na Lei do Bem de Família, isto é, a impenhorabilidade do bem de família, intencionava o legislador da Lei de Locações ampliar as chances de se conceder a fiança no contrato de locação e, assim, fomentar a negociação imobiliária. Conforme Sylvio Capanema de Souza (2019, p. 471):

A nova exceção, acrescida ao artigo 3º da Lei nº 8.009, se impunha, no interesse do mercado, pois estava se tornando quase impossível o oferecimento da garantia da fiança, já que raramente o candidato à locação conseguia um fiador que tivesse, em seu patrimônio, mais de um imóvel residencial.

Por outro lado, era justa e compreensível a recusa do locador, já que de nada lhe valia a fiança, quando o fiador só dispunha

de um único imóvel residencial, que não poderia ser alcançado pela execução.

A possibilidade de se penhorar o bem de família do fiador do contrato de locação ascendeu um debate, ainda não finalizado, quanto à constitucionalidade de referida previsão legal. Ainda que a matéria tenha sido debatida no STJ, dando origem à Súmula 549/STJ, a qual consignou ser legítima a penhora do bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, bem como no STF, o qual, ao decidir o Recurso Extraordinário n.º 407.688/SP (2006), entendeu como constitucional a exceção que ora se debate, persiste a discussão a esse respeito.

Não havendo unanimidade neste último julgado, sendo a matéria ainda alvo de intensos debates entre relevantes vozes da doutrina civilista, conforme citado acima, aborda-se adiante os motivos pelos quais a previsão legal que afastou a execução movida por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação da impenhorabilidade do bem de família é inconstitucional.

3.2.1. Dos posicionamentos das Cortes Superiores acerca da constitucionalidade da penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação

No Superior Tribunal de Justiça, a ampla maioria dos julgados sempre afirmou a constitucionalidade da previsão legal que autorizou a penhora do bem de família a fim de se satisfazer obrigação decorrente de fiança locatícia. Flávio Tartuce (2020, p. 748), na última edição de seu livro sobre Direito de Família, enumera vários deles:

“Execução. Penhora. Bem de família. Fiador. Inconstitucionalidade do art. 3.º, inciso VII, da Lei 8.009/1990. Não reconhecimento. Não é inconstitucional a exceção prevista no inciso VII do art. 3.º, da Lei 8.009/1990, que autorizou a penhora do bem de família para a satisfação de débitos decorrentes de fiança locatícia” (2.º TACSP, Ap. c/ Rev. 656.658-00/9, 1.ª Câmara, Rel. Juiz Vanderci Álvares, j. 27.05.2003, Anotação no mesmo sentido: JTA (LEX) 149/297, AI 496.625-00/7, 3.ª Câmara, Rel. Juiz João Saletti, j. 23.09.1997, Ap. c/ Rev. 535.398-00/1, 3.ª Câmara, Rel. Juiz João Saletti, j. 09.02.1999, Ap. c/ Rev. 537.004-00/2, 4.ª Câmara, Rel. Juiz Mariano Siqueira, j. 15.06.1999, Ap. c/ Rev. 583.955-00/9, 12.ª Câmara, Rel. Juiz Arantes Theodoro, j. 29.06.2000, Ap. c/ Rev. 593.812-00/1, 10.ª Câmara, Rel. Juiz Soares Levada, j. 07.02.2001, Ap. c/ Rev. 605.973-00/3, 8.ª Câmara, Rel. Juiz Renzo Leonardi, j. 26.04.2001, Ap. c/

Rev. 621.136-00/1, 10.^a Câ., Rel. Juiz Irineu Pedrotti, j. 12.12.2001, Ap. c/ Rev. 621.566-00/7, 10.^a Câ., Rel. Juiz Soares Levada, j. 12.12.2001, AI 755.476-00/1, 6.^a Câ., Rel. Juiz Lino Machado, j. 16.10.2002, Ap. c/ Rev. 628.400-00/7, 3.^a Câ., Rel. Juiz Ferraz Felisardo, j. 26.11.2002, Ap. c/ Rev. 760.642-00/0, 9.^a Câ., Rel. Juiz Claret de Almeida, j. 27.11.2002, AI 777.802-00/4, 3.^a Câ., Rel. Juiz Ribeiro Pinto, j. 11.02.2003, AI 780.849-00/0, 12.^a Câ., Rel. Juiz Arantes Theodoro, j. 27.02.2003).

Deu-se origem, inclusive, à Súmula 549, em razão da decisão exarada pela Corte no Recurso Especial n.º 1.363.368/MS, no qual a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a legitimidade da penhora realizada sobre o bem de família do fiador do contrato de locação, firmando a seguinte tese: “É legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/1990”[5], que deu ensejo ao teor da Súmula 549, aprovada com redação semelhante.

Na Corte Suprema, por sua vez, o debate se apresentou mais longo e com maior amplitude, apesar de estar restrito às matérias constitucionais atinentes à isonomia e direito social de moradia, mais a esta última do que àquela primeira.

Ao julgar o Recurso Extraordinário n.º 352.940/SP, em 2005, o Ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal, decidiu, monocraticamente, pela impenhorabilidade do bem de família pertencente ao fiador em contrato de locação, em decisão assim ementada:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”: sua não-recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido (STF. Recurso extraordinário n.º 352.940-4/SP. Relator: Ministro Carlos Velloso. Data de julgamento: 25/04/2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=64647>>. Acesso em: 18 maio 2020).

Esta decisão não foi desafiada por recurso, transitando em julgado posteriormente. No entanto, em 2006, o Plenário do Supremo Tribunal Federal teve novo contato com a matéria, ao julgar o Recurso Extraordinário n.º 407.688, sob relatoria do Ministro Cezar Peluso, no qual se firmou o entendimento, por maioria, segundo o qual a penhora do bem de família do fiador do contrato de locação não ofende o artigo 6.º da Constituição da República:

EMENTA: FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República (STF. Recurso extraordinário nº 407.688. Relator: Ministro Cezar Peluso. Tribunal Pleno, Data de julgamento: 08/02/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=261768>>. Acesso em: 18 maio 2020).

O voto relator foi acompanhado pelos Ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim. Ao resumir o voto de Cezar Peluso, Flávio Tartuce (2020, p. 740) escreve:

Segundo o relator da decisão, Ministro Cezar Peluso, a lei do bem de família é clara ao prever a possibilidade de penhora do imóvel de residência de fiador de locação de imóvel urbano, sendo esta regra inafastável. Entendeu, ainda, que a pessoa tem plena liberdade de querer ou não assumir a condição de fiadora, devendo subsumir a norma infraconstitucional se assim o faz, não havendo qualquer lesão à isonomia constitucional. Por fim, alegou que a norma protege o mercado imobiliário, devendo ainda ter aplicação, nos termos do art. 170 da CF/1988.

Divergiram os Ministros Eros Grau, Ayres Brito e Celso de Melo, os quais votaram (vencidos) pelo provimento do recurso extraordinário, o qual pedia o

reconhecimento de que a previsão legal que autorizava a penhora do bem de família do fiador de contrato de locação não teria sido recepcionada pela Emenda Constitucional nº 26/2000, a qual incluiu o direito à moradia entre os direitos sociais.

O Ministro Eros Grau, ao dar origem à divergência, apontou, dentre outros, a relação da impenhorabilidade do bem de família com a proteção do indivíduo e sua entidade familiar, considerando suas necessidades materiais e subsistência. Assim, à luz dos precedentes da Corte, entendeu que a ressalva do fiador do contrato de locação da impenhorabilidade do bem de família fere o artigo 6.º da Constituição Federal. Além disso, apontou que o dispositivo afronta à isonomia, haja vista que enquanto o inquilino, devedor principal, é protegido pela impenhorabilidade do bem de família, o seu fiador pode sofrer a constrição em seu único imóvel residencial.

Por sua vez, o Ministro Carlos Brito, em resumo, apontou um caráter indisponível do direito à moradia, a partir das qualificações constitucionais dirigidas a esta, mormente considerando que se trata de uma necessidade essencial e, por isso, não pode sofrer penhora em razão de um contrato de fiança, pelo qual não pode decair.

O Ministro Celso de Melo, também divergindo do relator, corroborou a incongruência apontada pelo Ministro Eros Grau quanto ao inciso VII do artigo 3.º da Lei do Bem de Família: de que o fiador poderia sofrer a incidência do vínculo processual da penhora, enquanto que, mesmo quitando a obrigação afiançada e voltando-se regressivamente àquele devedor principal (isto é, o locatário), não poderia atingir-lhe o único imóvel residencial de que eventualmente fosse proprietário, pois este, sim, estaria sob a égide da impenhorabilidade do bem de família.

No Supremo Tribunal Federal, houve ainda algumas outras decisões a respeito da matéria, apontando a constitucionalidade de referida penhora. Todavia, em 2018, a Primeira Turma do Pretório Excelso reconheceu a inconstitucionalidade da disposição legal que permite a penhora do bem de família do fiador do contrato de locação, entendimento que seria restrito, no entanto, somente ao contrato de locação comercial, acerca do qual versava o processo sub judice.

Isto porque, entendeu a Corte Suprema que, quanto à discussão a respeito da penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato locatício residencial, parte-se de um juízo de ponderação entre o direito à moradia dos fiadores e direito à moradia dos locatários. O entendimento do Supremo Tribunal Federal era de que, ao se autorizar a penhora do bem de família para cumprimento da obrigação afiançada no contrato de locação, garantia-se, por via oblíqua, o direito à moradia

do potencial locatário, já que o permissivo legal repercutiria positivamente no mercado de locação residencial, facilitando o acesso à moradia. É o que a Ministra Rosa Weber esclareceu naquele voto (destaque meu):

Ocorre que o caso então examinado pelo Plenário, naquela sessão de julgamento [RE 407.688], dizia respeito a fiança prestada como garantia em contrato de locação residencial. Esse aspecto foi determinante para um juízo de aderência da penhora do bem de família do fiador à ordem constitucional, tomado em conta, nessa perspectiva, o impacto que eventual compreensão pela impenhorabilidade teria no mercado de locações residenciais e no correlato direito à moradia de potenciais locatários. Significa dizer que a recepção do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990 pela Emenda Constitucional nº 26/2000 foi afirmada, no referido precedente, a partir de um juízo de ponderação entre o direito à moradia de fiadores e idêntico direito de locatários (ou candidatos a locatários) (STF. Recurso extraordinário nº 605.709. Relator: Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma, Data de julgamento: 12/06/2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749168585>>. Acesso em: 18 maio 2020.

Ao final do julgamento do Recurso Extraordinário nº 605.709/SP, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal afirmou que a penhora do bem de família do fiador do contrato de locação comercial é inconstitucional, ao que se ementou:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO MANEJADO CONTRA ACÓRDÃO PUBLICADO EM 31.8.2005. INSUBMISSÃO À SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. PREMISSAS DISTINTAS DAS VERIFICADAS EM PRECEDENTES DESTA SUPREMA CORTE, QUE ABORDARAM GARANTIA FIDEJUSSÓRIA EM LOCAÇÃO RESIDENCIAL. CASO CONCRETO QUE ENVOLVE DÍVIDA DECORRENTE DE CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL. PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO À MORADIA E COM O PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 1. A dignidade da pessoa humana e a proteção à família exigem que se ponham ao abrigo da constrição e da alienação forçada determinados bens. É o que ocorre com o bem de família do fiador, destinado à sua moradia, cujo sacrifício não pode ser exigido a pretexto de

satisfazer o crédito de locador de imóvel comercial ou de estimular a livre iniciativa. Interpretação do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990 não recepcionada pela EC nº 26/2000. 2. A restrição do direito à moradia do fiador em contrato de locação comercial tampouco se justifica à luz do princípio da isonomia. Eventual bem de família de propriedade do locatário não se sujeitará à constrição e alienação forçada, para o fim de satisfazer valores devidos ao locador. Não se vislumbra justificativa para que o devedor principal, afiançado, goze de situação mais benéfica do que a conferida ao fiador, sobretudo porque tal disparidade de tratamento, ao contrário do que se verifica na locação de imóvel residencial, não se presta à promoção do próprio direito à moradia. 3. Premissas fáticas distintas impedem a submissão do caso concreto, que envolve contrato de locação comercial, às mesmas balizas que orientaram a decisão proferida, por esta Suprema Corte, ao exame do tema nº 295 da repercussão geral, restrita aquela à análise da constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador em contrato de locação residencial. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido (STF. Recurso extraordinário nº 605.709. Primeira Turma. Relator: Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma, Data de julgamento: 12/06/2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749168585>>. Acesso em: 18 maio 2020).

Destarte, em que pese reconhecer a inconstitucionalidade da previsão legal que autoriza a penhora sobre o único bem residencial do fiador do contrato de locação, esta última decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria está adstrita à fiança concedida em contrato de locação comercial, não tendo se estendido à locação residencial, mesmo porque o julgamento em exame versava unicamente sobre aquela.

Abaixo, porém, elenca-se os motivos pelos quais a previsão legal que desguarda o bem de família do fiador do contrato de locação da impenhorabilidade de que trata a Lei n. 8.009/1990 é inconstitucional, seja no bojo de uma locação residencial ou comercial.

3.3. Da inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador de contrato de locação

Como supracitado, sempre houve divergência acerca desta matéria igualmente entre notáveis civilistas, alguns entoando forte oposição à previsão legal em exame, haja vista sua inconstitucionalidade. Aliada a isso, a instabilidade jurisprudencial do assunto pode também ser um indicativo de sua hostilidade à Constituição Federal, mormente considerando a ofensa ao princípio isonômico, direito social à moradia e à própria dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

3.3.1. Da violação ao princípio da isonomia

Um dos principais argumentos contrários à constitucionalidade do artigo 3.º, inciso VII da Lei n. 8.009/1990 é de que ao excluir o fiador do contrato de locação da proteção dada ao bem de família, o legislador violou o princípio constitucional da isonomia. Flávio Tartuce, um dos doutrinadores mais críticos desta previsão legal, revela o seu aspecto contraditório no seguinte trecho de uma de suas obras:

O bem de família – a moradia do homem e sua família – justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei 8.009/1990, art. 1.º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental.

Posto isso, veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, inciso VII do art. 3.º, feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo do inciso VII do art. 3.º, acrescentado pela Lei 8.245/1991, não foi recebido pela EC 26, de 2000” (STF, RE 352940/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25.04.2005, pendente de publicação) (TARTUCE, 2020, p. 749).

De fato, um dos maiores desafios para os que defendem a constitucionalidade do inciso VII do artigo 3.º da Lei n. 8.009/1990 é a flagrante violação de um critério isonômico.

Apesar do semelhante liame obrigacional que se verifica entre a obrigação principal do locatário e a obrigação do fiador, a ambos se aplicam diferentes critérios

de tratamento em eventual processo executivo: protege-se o bem de família do principal obrigado pela obrigação locatícia – este não poderá ter penhorado o seu único imóvel residencial em detrimento do crédito do locador –, enquanto se desprotege o bem de família do fiador do contrato locatício – este poderá ter penhorado o seu único imóvel residencial em detrimento do crédito do locador.

A incongruência torna-se ainda mais clarividente diante da seguinte situação: se o fiador do contrato de locação eventualmente satisfaz o crédito locatício com a constrição do seu único imóvel residencial, este não poderá, na via regressiva, penhorar o único imóvel residencial do devedor principal, o inquilino, pois este, sim, está protegido pela impenhorabilidade de que trata a Lei n. 8.009/1990.

A tese da ofensa à isonomia é suscitada favoravelmente ao reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo em exame desde a decisão monocrática de Carlos Velloso no Recurso Extraordinário n.º 352.940/SP, em 2005, citado acima, além de ter respaldado, dentre outros argumentos, a recente decisão da Corte Suprema quanto à inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador do contrato de locação comercial, no contexto do Recurso Extraordinário n.º 605.709/SP.

Maluf; Maluf (2016, p. 751), ao opinar sobre o assunto, manifestaram-se favoravelmente pela inconstitucionalidade do dispositivo em comento, por violação ao princípio constitucional da isonomia, aduzindo:

Somos preferencialmente pela inconstitucionalidade da regra contida no artigo em comento, por violar o princípio constitucional da isonomia, tratando de forma desigual locatário e fiador, unidos conjuntamente ao mesmo contrato de locação. Isso se dá pelo fato de que o locatário, que é na realidade o devedor principal, não pode ter seu bem de família penhorado, enquanto o fiador, devedor subsidiário, tem o dever de suportar tal penalidade.

O principal argumento para a inconstitucionalidade refere-se a lesão a isonomia e a proporcionalidade. Tendo o fiador seu bem de família penhorado, perde-o e não se beneficiará de ação regressiva, não conseguirá penhorar o imóvel de residência do locatário, que é o devedor principal

Por sua vez, Carlos Roberto Gonçalves (2019, p. 607) também revela a contradição do dispositivo: “tal exceção contém uma certa incongruência, pois, tendo o inquilino como impenhoráveis os bens que guarnecem sua residência, poderia seu fiador sofrer execução de seu bem de família, sua residência”. Ao esbarrar neste

obstáculo, a previsão legal que autoriza a penhora do bem de família do fiador do contrato locatício já poderia ser considerada inconstitucional, mas ainda é corroborada por outros entraves constitucionais, expostos a seguir.

3.3.2. Da violação à garantia social da moradia

O direito à moradia foi inserido no rol dos direitos sociais a partir da Emenda Constitucional n. 26/2000. Em seu curso sobre Direito Constitucional contemporâneo, Luís Roberto Barroso (2019, p. 497) assim classifica os direitos sociais:

Direitos sociais estão ligados à superação das falhas e deficiências do mercado, à proteção contra a pobreza e à promoção de justiça social. Seu objeto é assegurar aos indivíduos vida digna e acesso às oportunidades em geral. Idealmente, são direitos que devem ser satisfeitos, não por prestações individuais, mas por serviços públicos de qualidade disponíveis para todos. O reconhecimento e a exigibilidade dos chamados direitos sociais constituem uma das questões mais tormentosas do direito constitucional contemporâneo.

Pode-se afirmar que, ao acrescentar a moradia como direito social, o legislador a reputava, igualmente, como direito fundamental de uma vida digna, decorrente da própria dignidade da pessoa humana.

O bem de família, conforme amplamente exposto acima, tem por um de seus fundamentos a garantia social da moradia, pondo a salvo da constrição advinda de eventual execução forçada o imóvel dedicado à residência da entidade familiar, resguardando, por fim, a dignidade humana diante das dívidas, o que testifica o componente humanitário do instituto.

Ao se autorizar a penhora do bem de família do fiador do contrato locatício, está-se, na verdade, afastando-o de uma garantia fundamental – a da moradia –, em detrimento da satisfação de um crédito locatício. Há, em última análise, uma sobreposição da satisfação de uma dívida em consequência do próprio direito de moradia do fiador, o qual está umbilicalmente ligado à sua própria dignidade humana. Contradiz-se, pois, os fundamentos da instituição do direito social de moradia e a proteção legal bem de família, como se pode aferir pelo ensino de Gabriel Sousa Longo (2005, p. 204):

O direito à moradia foi inserto no texto constitucional, como já foi dito, por meio da EC n 26/20; logo, houve uma forte vontade

política emanada pelo Estado em querer explicitamente atribuir à moradia uma dignidade constitucional. Uma vez inserido na Constituição, seu caráter de norma programática deve ser reinterpretedado, levando-se em conta um singelo raciocínio: o direito à moradia não só deve ser encarado como uma responsabilidade do Estado – Poder Público – em criar mecanismos ou facilitar para que os indivíduos venham a adquirir um teto, mas também deve assegurar, ao máximo, a manutenção da moradia àquele que já a possuem. Caso contrário, o direito à moradia seria um direito claudicante e incompleto, inapto a promover integralmente a sua finalidade social.

Rememore-se que, em julgamento que se reconheceu a constitucionalidade de referida previsão legal (RE 407.688), o Supremo Tribunal Federal considerou que a possibilidade de se penhorar o bem de família do fiador do contrato de locação, em última análise, garantia também moradia ao locatário, o inquilino, na medida em que se estimula o equilíbrio do mercado imobiliário e se evita garantias mais onerosas, o que, conseqüentemente, repercutiria negativamente no acesso à moradia pelos interessados na locação.

No entanto, observa-se que tal assertiva não é mais do que uma especulação, que por mais que se argumente sua obviedade, não se pauta em dados concretos, os quais poderiam autorizar o início de um debate a respeito. Além disso, ainda que se comprovasse a repercussão negativa da proteção do bem de família do fiador do contrato locatício no mercado imobiliário, acredita-se que a incumbência do Supremo Tribunal Federal, neste debate, limita-se à questão constitucional, evitando-se uma preocupação sobremodo consequencialista, sendo a tarefa de tornar o negócio imobiliário menos oneroso ao locador e, por projeção, facilitar-se o acesso à moradia, incumbência do Poder Executivo.

Ainda neste diapasão, deve-se rechaçar a possibilidade de se lesar direitos garantidos desde a Carta Federal em nome de uma suposta menor onerosidade ao setor imobiliário, o qual, como outros diversos segmentos econômicos, é ciente dos riscos inerentes ao seu investimento. Com efeito, há sempre um custo para qualquer investimento que, para sua execução, trilhe os caminhos da constitucionalidade e legalidade.

3.3.3. Da violação ao princípio da dignidade da pessoa humana

O sacrifício do bem de família do fiador do contrato de locação para a satisfação do crédito locatício carrega consigo uma letalidade a um dos princípios mais relevantes da República: a dignidade da pessoa humana.

Como exposto acima, há uma estrita relação entre o direito social à moradia e a dignidade da pessoa humana, da qual também decorre. Não há que disfarçar, portanto, que ao desproteger arbitrariamente o bem de família do fiador do contrato de locação da impenhorabilidade legal dirigida a este mínimo existencial, o legislador violou direito fundamental do garante.

A Lei do Bem de Família e os limites impostos ao processo executivo pelo Código de Processo Civil, ao estabelecerem impenhorabilidade e inalienabilidade de alguns bens, fazem-no com vistas à proteção à dignidade da pessoa humana em detrimento da satisfação creditícia, preservando-se em favor do obrigado a sua residência e provimento alimentar.

Por que se autorizar, então, o sacrifício do bem de família daquele que afiança – geralmente movido por amizade ou mero favor, já que a fiança, nesta modalidade contratual, é um contrato genuinamente gratuito – o contrato de locação? Restringe-se, portanto, a própria dignidade humana deste fiador, na medida em que se lhe viola o direito à moradia, em nome de um suposto estímulo ao mercado imobiliário.

Ao se contemplar as demais exceções previstas no artigo 3.º da Lei n. 8.009/1990, nota-se que em todas (com exceção da prevista no inciso VII) se destaca algum valor relevante, como, por exemplo, a previsão do inciso III, que autoriza a penhora do bem de família do devedor de crédito alimentício e inciso VI, que igualmente o permite caso o imóvel tenha sido adquirido através de proveito de crime.

Quanto à previsão encartada no inciso VII, a contrário sensu, o legislador desprezou a ordem lógica e valorativa seguida pelo artigo 3.º, incluindo-o arbitrariamente e em flagrante ofensa à dignidade humana do fiador do contrato locatício, razão por que, por mais um motivo, revela-se inconstitucional.

3.3.4. Da possibilidade de se alcançar novo entendimento quanto à inconstitucionalidade da penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação

Considerando a mudança substancial na composição do Supremo Tribunal Federal desde a última decisão colegiada relevante a respeito do tema e a mais recente perspectiva quanto à inconstitucionalidade da previsão legal que permite a

penhora do bem de família daquele que afiança o contrato de locação, pode-se afirmar que não é remota a possibilidade se reverter o entendimento registrado no Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP.

Nota-se que o debate, na Corte Superior, ainda está muito adstrito ao efeito positivo desta previsão legal no mercado imobiliário, cujo reflexo conseqüentemente favorece a moradia dos potenciais inquilinos, mas pouco ponderado por sua violação à dignidade da pessoa humana e ao princípio da isonomia.

No último julgado relevante a respeito (RE 605.709/SP), porém, estes princípios foram imprescindíveis para que a Primeira Turma concluísse, em julgamento não unânime, pela inconstitucionalidade da constrição do único imóvel residencial do fiador do contrato de locação comercial. Todavia, os mesmos fundamentos podem ser aplicados à fiança na locação residencial, embora neste julgamento a questão esteja restrita à locação não residencial.

A sensibilidade dos Ministros quanto à dignidade da pessoa humana e proteção à moradia e família do fiador do contrato locatício, porém, ladeada pela evidente violação de um critério isonômico na tratativa do devedor inquilino e o fiador do contrato locatício, ambas expressas neste último julgado, podem motivar uma extensão do reconhecimento da inconstitucionalidade do inciso VII, do artigo 3.º da Lei n. 8.009/1990 igualmente em se tratando de locação residencial.

Considerando que houve a oposição de embargos de divergência no Recurso Extraordinário nº 605.709/SP, é possível que, em breve, haja decisão colegiada na Corte Suprema resolvendo-se o assunto, ainda que, nestes autos, restrito à modalidade de contrato de locação comercial. O posicionamento coletivo será importante para os próximos passos no sentido de se reconhecer a inconstitucionalidade da desproteção do bem de família do fiador do contrato de locação residencial.

CONCLUSÃO

Abordou-se, na extensão deste trabalho, desde os aspectos gerais a respeito do processo de execução e os bens que a ele são imunes, incluindo-se aí o bem de família – seja aquele voluntário, previsto no Código Civil ou o legal, previsto na Lei n. 8.009/1990 –, até as características da fiança no contrato locatício, a qual enseja a desproteção do bem de família do fiador – o qual poderá ser penhorado em caso de execução movida em razão da obrigação afiançada –, em virtude de previsão legal, cuja constitucionalidade foi questionada acima.

Cumpriu-se, pois, os objetivos inicialmente aventados, com uma limitada conclusão, contudo, ao se refletir sobre a possibilidade de mudança de entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria, objetivo este que, na verdade, não pode ter resultado estritamente preciso, senão especulativo.

Do todo exposto, por fim, notou-se que a previsão legal que autorizou a penhora do bem de família do fiador do contrato de locação é inconstitucional, incompatibilizando-se com o princípio da isonomia, não sendo recepcionada pela Emenda Constitucional n. 26/2000, que instituiu a moradia como direito social, e por refletir uma lesão ao princípio da dignidade humana.

A proteção da moradia e, conseqüentemente, a própria dignidade humana do fiador do contrato locatício é direito fundamental que não autoriza o seu sacrifício ao argumento de se estimular o mercado imobiliário. Tolher-lhe o escudo da impenhorabilidade de seu próprio asilo e morada com a finalidade de facilitar os contratos locatícios ou em consequência do crédito do locador é, antes de tudo, um atentado contra sua subsistência.

O mercado imobiliário deverá ser estimulado por outras vias, caso a proteção do bem de família do fiador do contrato locatício seja tão sacrificante para sua dinâmica, não sendo admissível que, pelo caminho fácil e temerário pelo qual se incluiu a previsão legal em debate, sem uma discussão acurada dos valores em questão, restrinja-se, de modo desarrazoado, direitos fundamentais.

Considerando os novos contornos do entendimento do Supremo Tribunal Federal, consoante supracitado, impera-se que, em futuro próximo, o Pretório Excelso proteste a inconstitucionalidade da penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação – comercial ou residencial, decisão para a qual aparentemente caminha a Corte Suprema. Doutro modo, se o caminho da judicialização não se mostrar eficaz para a inatividade desta norma, que as propostas legislativas por sua exclusão prevaleçam e, com isso, fortifiquem-se os valores da dignidade da pessoa humana e o direito à moradia.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família internacional (necessidade de unificação). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo**, v. 102, p. 101-111, jan./dez. 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **Código civil**. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 maio 2020.

_____. **Lei de locações**. Lei n.º 8.245, de 18 de outubro de 1991. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm>. Acesso em: 17 abr. 2020.

_____. Senado Federal. **Lei do bem de família**. Lei n.º 8.009, de 29 de março de 1990. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm>. Acesso em: 12 abr. 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinário n.º 352.940-4/SP. Recorrente: Ernesto Gradella Neto e Outra. Recorrido: Teresa Candida dos Santos Silva. Relator: Ministro Carlos Velloso. Data de julgamento: 25/04/2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=64647>>. Acesso em: 18 maio 2020.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso especial n.º 1.363.368-MS. Recorrente: Afonso Ramão Rodrigues (espólio). Recorrido: Marcos Antônio da Silveira Agostini. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 12 de novembro de 2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinário n.º 407.688. Recorrente: Michel Jacques Peron. Recorrido: Antonio Pecci. Relator: Ministro Cezar Peluso. Tribunal Pleno, Data de julgamento: 08/02/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=261768>>. Acesso em: 18 maio 2020).

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinário n.º 605.709. Recorrente: Hermínio Cândido e outro(s). Recorrido: Francisco Demi Júnior e outro(a). Relator: Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma, Data de julgamento: 12/06/2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749168585>>. Acesso em: 18 maio 2020.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: volume 3: tutela jurisdicional executiva. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Diário do congresso nacional**. Brasília, 1991. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD18MAI1991.pdf#page=63>>. Acesso em: 10 maio 2020.

CREDIE, Ricardo Arcoverde. **Bem de família: teoria e prática**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

GOMES, Orlando Gomes. **Contratos**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LONGO, Gabriel Sousa. A inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador para a satisfação de crédito locatício. In: **A outra face do Poder Judiciário**. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Comentários ao código de processo civil – volume XVII (arts. 824 a 875): da execução por quantia certa**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. **Algumas palavras sobre responsabilidade patrimonial e execução**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/processo-e-procedimento/247191/algumas-palavras-sobre-responsabilidade-patrimonial-e-execucao>>. Acesso em: 08 abr. 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SLAIBI FILHO, Nagib; SÁ, Romar Navarro de. **Comentários à lei do inquilinato**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SOUZA, Sylvio Capanema de. **A lei do inquilinato comentada: artigo por artigo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmulas anotadas**. Brasília, 2020. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27549%27\).sub.#TIT1TEMA0](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27549%27).sub.#TIT1TEMA0)>. Acesso em 10 maio 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família – v. 5. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VELOSO, Zeno. Bem de família. **Revista de Informação Legislativa, Brasília**, n. 107, a. 27, p. 203-214, jul./set. 1990.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: contratos. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NOTAS:

[1] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins. Advogado. E-mail: vinicius.marques@catolica-to.edu.br.

[2] Não se deve olvidar, neste ponto, que os bens de terceiros também serão passíveis de penhora, tendo em vista as situações em que a lei determine sujeição destes à execução, havendo responsabilidade de terceiro, ou em caso de bem objeto de fraude à execução (DONIZETTI, 2020).

[3] CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1991, disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD18MAI1991.pdf#page=63>>. Acesso em 10 maio 2020.

[4] Idem.

[5] STJ, 2014, disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27549%27\).sub.#TIT1TEMA0](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27549%27).sub.#TIT1TEMA0)>. Acesso em 10 maio 2020.

POPULISMO PENAL MIDIÁTICO E SUA FORMA VINGATIVA DE PUNIR: O PROCESSO PENAL DO ESPETÁCULO E A EXPLORAÇÃO COMERCIAL DO CRIME

KHAYAM RAMALHO DA SILVA SOUSA:

Servidor Público Estadual. Bacharel em Direito pelo Instituto de Ensino Superior do Sul do Maranhão, IESMA/UNISULMA. Pós-graduando em Ciências Criminais pelo Centro Universitário UNIAMÉRICA. Imperatriz/M

DARA SOUSA SANTOS^[1]

PAULO THIAGO FERNANDES DIAS^[2]

(coautores)

RESUMO: Trata-se de artigo científico dedicado ao estudo da relação estreita entre a exploração midiática de fatos penais e a ampliação do Sistema Penal. A metodologia utilizada consiste na abordagem descritiva e exploratória, baseado em pesquisa bibliográfica, para lastrear toda a compreensão sobre o tema. Recorreu-se a referenciais teóricos de cariz sociológico, especialmente no que tange à Criminologia Midiática. Ademais, discute-se a própria relação de consumo estabelecida entre os detentores dos principais veículos de mídia, o crime, enquanto produto, e a população, na condição de consumidora de violência ou de notícia-crime. Observou-se que quanto mais se intensifica uma cobertura midiática sobre determinado caso potencialmente criminoso ou não, representantes dos setores estatais legislativo e judiciário se esforçam para, apressada e punitivamente, responder ao apelo público.

Palavras-chave: Mídia. Populismo Penal Midiático. Controle Criminal. Punitivismo.

ABSTRACT: This is a scientific article dedicated to the study of the close relationship between the media exploitation of criminal facts and the expansion of the penal system. The methodology used consists of a descriptive and exploratory approach, based on bibliographic research, to support all the understanding on the subject. It was resorted to theoretical references of sociological nature, especially with regard to Media Criminology. Moreover, the very relationship of consumption established between the holders of the main media vehicles, crime as a product, and the population, as a consumer of violence or news-crime, is discussed. It was observed that the more media coverage on a potentially criminal or non-criminal case is intensified, the representatives of the state legislative and judiciary sectors strive to quickly and punitively respond to the public appeal.

Keywords: Media. Criminal Populism Media. Criminal Control. Punitivism.

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como objeto o estudo da influência que a cobertura midiática de casos criminais possui com os apelos por mais tipos penais, agravamentos de penas e redução de garantias penais, repercutindo no recrudescimento do punitivismo, uma marca da tradição jurídico-penal brasileira.

Desde os tempos antigos, as sociedades manifestavam considerável interesse pela solução de casos tidos como intoleráveis, com destaque, a depender da quadra histórica e da localidade, para os feitos de natureza penal.

No começo da evolução humana, abordava-se a delinquência de diferentes maneiras. Na civilização romana, foram criadas as penas-espetáculos. Estas vinham com a introdução do indiciado em recintos repletos de animais selvagens ou, ainda, em uma cruel batalha corporal, das quais raríssimos permaneciam vivos. Tais rituais eram contemplados pela população romana (BITENCOURT, 2009).

Com a queda da civilização romana e, por conseguinte, a chegada da Idade Média, o interesse da população pela punição de condenados continuou. Nesse tempo, as punições eram realizadas com fogueiras típicas da inquisição, que aglomerava ao seu redor inúmeros expectadores (BITENCOURT, 2009, p. 30).

Destaca-se que “[...], aquilo que designamos meios de comunicação de massa tem origem no mesmo período histórico em que a prisão se afirmou como instrumento de controle” (GOMES, 2015, p. 9). Refere-se, assim, ao século XV, quando a pena de prisão deixou de ser mera cautela e também Guttenberg elaborou a tecnologia de repetição de textos, permitindo a circulação dos jornais impressos (GOMES, 2015).

O tema a ser apresentado tem como objetivo expor o populismo midiático e o recrudescimento do punitivismo no Brasil, demonstrando a influência causada pela exploração política e comercial do crime nos setores estatais competentes para a produção de atos normativos e para a tomada de decisões judiciais. Em suma, esta investigação aborda a interação entre os sistemas punitivo e comunicacional, a fim de verificar a relação intrínseca estabelecida, inclusive historicamente, entre eles.

Significa dizer, estuda-se a comercialização do crime, enquanto produto a ser consumido pela massa e, também, a maneira como a exploração midiática desse produto (delito) gera demandas políticas por mais criminalizações, limitações de direitos e punições. Trata-se de uma relação mercadológica e política, conforme se depreende da pesquisa de Gomes (2015, p. 9):

O crime-notícia e o crime-espetáculo transformaram-se em dentes de uma engrenagem que move o mercado da informação – onde o lucro é a meta – e que reforçam a influência dos *mass media* sobre as agências de controle penal (criminalização primária e secundária).

O contexto social da maioria dos países evoluiu para uma nova era, conhecida como a da informação, definida como “[...] substituto para o complexo conceito de ‘sociedade pós-industrial’ e como forma de transmitir o conteúdo específico do ‘novo paradigma técnico-econômico’” (WERTHEIN, 2000, p. 71). Assim, a mídia ganha um espaço outrora não vivenciado, atraindo os enfoques de todos os assuntos que ganham repercussão entre os grupos culturais. Informação essa que circula em escala global e quase que simultaneamente, haja vista a cada vez maior utilização, sem filtro, da tecnologia e da internet pelas pessoas.

A princípio, a mídia atuava em questões meramente informativas, abordando os acontecimentos que percorriam no dia-a-dia. A reprodução das notícias percorria a essência midiática, por tantas vezes, em tempo real era impossível acompanhar o que ocorria.

Em contrapartida, a imprensa atua como interventora, muitas vezes manipulando as informações do universo criminal. Assim, o punitivista discurso midiático explora uma necessidade na aplicação de uma rigidez, fazendo importar a ideologia de um sistema penal falho e incapaz de produzir êxito.

Para fins didáticos, esta pesquisa promoverá a distinção que parte da doutrina tece sobre imprensa e mídia, mas utilizará a última como gênero do qual a primeira é espécie. Mídia, portanto, será trabalhada como *mass media*.

O expressionismo do populismo penal midiático consiste, sobretudo, em provocar uma falsa ideia de imprecisão na aplicação de penas e controle criminal, sendo necessário uma revisão das normas que conduzem a segurança estatal.

2 DA MÍDIA

Existem diversas maneiras de propagar ideias e informações, sejam essas informações boas ou ruins, podendo-se mencionar a *internet*, o rádio, a televisão, os jornais impressos, os programas de celular, as revistas, entre outros. Esses meios de comunicação influenciam no dia a dia da sociedade, trazendo a compreensão e a construção da realidade, e o fazem através da transmissão de opiniões e acontecimentos.

Sobre o conceito de mídia, de acordo com Almeida (2007, p. 12), pode ser escrita como: "o conjunto das diferentes empresas de comunicação: emissoras de rádio, televisão, portais da internet, cinema, revistas e jornais impressos em seus diferentes ramos, como jornalismo, entretenimento e publicidade".

O conceito de mídia elaborado pelo citado autor, trata-se certamente dos tipos de comunicação que a sociedade pode usufruir, tendo em vista essas modalidades, destaca-se o entretenimento e a publicidade. Juntamente com a mídia, a imprensa é de grande importância para a sociedade, inclusive no processo democrático, quando parte da divulgação de informações para a população. Acerca deste assunto, corrobora Souza (2010, p. 26):

A invenção dos canais técnicos de difusão e transmissão de mensagens – los-mas-media- origina um novo tipo de instituição social com funções também novas, ou seja, de estruturar e reestruturar por meio de um ritual midiático os aparentes símbolos de comportamento social, mediante uma interação constante com a opinião pública.

Ainda, segundo o Dicionário Júnior da Língua Portuguesa (2005, p. 408), a palavra mídia significa: "1- todo o suporte de informações (rádio, televisão, imprensa, publicação na internet, videograma, satélite de comunicação etc.); 2- Conjunto de meios de comunicação social".

Conforme Sousa (2004 apud MIRANDA, 2007), as pessoas sempre possuíram a necessidade de procurar formas para comunicar aos seus semelhantes suas descobertas e as histórias que seriam relevantes para seu conhecimento. Sempre havia a necessidade de transmissão de cultura aos seus descendentes.

A escrita terminou influenciando bastante para o desenvolver dessas descobertas, além de desencadear maior transmissão de histórias a todos, que seriam repassadas aos descendentes. Sousa (2004 apud MIRANDA, 2007) afirma que os iniciadores no campo da imprensa foram os gregos, com os Efemérides, e os antigos romanos, com os Actas. O autor enfatiza ainda que a produção de livros, jornais e revistas, transformou a civilização e moldou a esfera pública moderna, modificando a cultura. A Revolução Gloriosa e a Revolução Francesa devem muito à imprensa. A Revolução Industrial utilizou-se bastante desta para a divulgação de produtos e serviços.

No Brasil, o surgimento da imprensa ocorreu com a chegada da corte portuguesa, em setembro de 1808, no Rio de Janeiro, com a abolição da censura Régia. Em São Paulo, 1894, foi fundado o jornal a Tribuna de Santos, que inicialmente

circulava duas vezes por semana. Somente em 1896 passou a ser diário, até os dias de hoje. O jornal passou por diversas fases, dentre elas: monarquista, populista, moderna etc. E com o passar do tempo, a imprensa foi se desenvolvendo bastante (SOUSA, 2004 apud MIRANDA, 2007).

Precisamente em alusão à televisão, e à concorrência que essa plataforma trava com outros tipos de mídia para a obtenção do denominado furo jornalístico, Bourdieu (97, p. 38-41) assevera que esse processo concorrencial leva à pressão, que, a sua vez, gera a pressa/urgência na divulgação da notícia, limitando ou impossibilitando a capacidade da audiência de refletir acerca do que vê, lê e ouve. Assim, o público perde a condição de ser pensante e se torna, conforme Bourdieu (1997) uma espécie de *fast-thinker*.

Nesse contexto trabalhado por Bourdieu (1997), em que a velocidade da notícia compromete a reflexão sobre a informação, no âmbito do noticiário policiaisco, verifica-se que o crime-notícia-produto se aproxima de uma espécie de *fast-food* cultural. Uma tática perfeita para gerar comoção e impacto na sociedade apressada, sem tempo para refletir, porém ávida consumidora de notícia-crime-produto.

Porém, nada se compara com o desenvolvimento da *internet*. Os jornais tiveram que se adaptar a essa nova realidade e velocidade de informações. Atualmente os jornais continuam anunciando suas matérias normalmente, todavia quase sempre expondo seus conteúdos também na internet (MIRANDA, 2007).

Dessa forma, a internet transformou-se em uma ferramenta de extrema importância para reunir o rádio, televisão e jornal em um só ambiente. Tem-se usado bastante *softwares* de comunicação, ou seja, aplicativos utilizados para trocas de textos instantaneamente, além de vídeos, áudios, fotos, através de conexão da *internet*. E o principal meio de acesso a essas informações é através dos celulares. A vista disso, depreende-se que os meios de comunicação têm atuado de forma cada vez mais veloz quanto ao jogo de informações. Um crime cometido em qualquer lugar do país pode ser visto por todos que têm acesso a esses aplicativos, sem comentar que ainda podem ser anunciados em programas de televisão, jornais e rádio.

Além disso, a difusão da notícia é tamanha que, em razão da pressão, pouco tempo sobra para o consumidor da notícia-crime verificar, inclusive, a veracidade da fonte. Ele, o consumidor, precisa expressar, em regra nas redes sociais, a sua repulsa ao que acaba de consumir. Com isso, grupos homogêneos são formados em torno do compartilhamento de determinadas compreensões sobre fatos penais, dos quais

pensam conhecer. É a mobilização mediante a superficialidade/instantaneidade/manipulação da notícia-crime-produto (WOJCIECHOWSKI, 2015).

Perceptível fenômeno atual, nos distintos veículos de informação e entretenimento (televisão, periódicos, música, literatura, cinema, teatro, artes plásticas, moda, esporte), na *urbe underground* e no mundo virtual, a proliferação de imagens do crime e da violência. O nível de exposição e os espaços que se abrem à recepção destas imagens – novos locais de publicação e inúmeras ferramentas de divulgação, sobretudo através do cyber-espaço –, poluem de questão criminal a cultura contemporânea. Outrossim, a velocidade na qual as representações da violência circulam torna a experiência do crime e do desvio alheia a quaisquer barreira espaço-temporais (CARVALHO, 2013, p. 85).

Compreende-se então que a mídia se tornou instrumento indispensável à sociedade, devido às suas inúmeras facetas disponibilizadas a todos. E desde já se prevê que ela é capaz de fazer com que a comunicação atinja um maior número de pessoas. No entanto, quando se relaciona a mídia e o julgamento dos crimes, esse instrumento termina influenciando a sociedade, que vê, através dela, a temática sendo debatida na rede social, nas ruas, terminando por pensar conhecer a verdade dos fatos. Essa sociedade, através da mídia, já condena o réu.

No que diz respeito ao sistema penal, a influência midiática reforça seu caráter repressivo ao replicar o discurso do castigo e da exclusão do inimigo (criminoso), aproveitando-se dos dividendos mercantis que o crime-notícia proporciona. Em termos político-criminais, é quase como transformar os meios de comunicação em um supraparlamento, uma suprapolícia e um suprajuiz (GOMES, 2015, p. 14).

Ademais, consoante informações atribuídas no decorrer do dia, essas informações vêm tornando-se essenciais para a sociedade manter-se informada do que está acontecendo em seu entorno, fazendo com que a mídia seja de grande importância para a convivência brasileira. A mídia e a imprensa basicamente andam juntas, porém, a imprensa está interligada ao fato de ser uma condução no qual se espalham as informações, agindo, em diversas ocasiões, de uma forma a influenciar as decisões da população (SOUZA, 2010, p. 89).

Por outro lado, existem meios de comunicação que são utilizados de forma errada pela mídia: a televisão, internet, entre outras, que acaba prejudicando diretamente certas pessoas, que, por diversas vezes, usam os programas para exibir dramas pessoais da população, ocasionando evidente sensacionalismo.

2.1 A influência da mídia frente à sociedade

Com o decorrer dos anos, a mídia passou por diversos estágios de crescimento, que sempre estiveram diretamente relacionados com o desenvolvimento das economias e sociedades à sua volta. Com isso, os livros, jornais e revistas transformaram a seu modo a civilização, moldaram a esfera pública, e conseqüentemente modificaram a cultura. Um dos motivos determinantes que contribuíram diretamente nas grandes mudanças políticas e sociais da humanidade foi a da Revolução Francesa, entre outros (MIRANDA, 2007).

A mente humana sempre se relacionou com os nossos comportamentos. Desde os tempos primórdios, várias instituições que detinham o poder utilizaram-se da mídia como alvo de investimento do poder disciplinar, com a finalidade de manipular o homem.

Atualmente, pode-se também perceber esse processo. Ela – a mídia – surge como um fenômeno que invade a todos, de forma dominante, estabelecendo formas e normas sociais, fazendo muitas pessoas enxergarem o mundo por suas lentes. Vem sendo utilizada como instrumento de manipulação a serviço de interesses particulares, reordena ideias, noções, faz brotar novos modos de subjetividade, o que pode ser vantajoso ou não, tanto em aspectos individuais quanto no aspecto social. Ela vem gerando mudanças de atitudes e comportamentos, substituindo valores e verdades, modificando e influenciando contextos sociais (SILVA; SANTOS, 2004).

Os meios de comunicação são armas poderosas verticais e concentradas nas mãos daqueles que controlam o fluxo de informações, “os detentores do saber”. Podem ser reconhecidos também como agentes formadores de opiniões e criadores-reprodutores de culturas, uma vez que interferem, formam e transformam a realidade, bem como os modos de pensar e de agir do homem. A mídia é considerada o Quarto Poder, isto é, o quarto segmento econômico do mundo, sendo a maior fonte de informação e entretenimento que a população possui. Ela é uma espécie de controle social, que valoriza o processo de massificação da sociedade, resultando num contingente de pessoas que caminham sem opinião própria (SILVA; SANTOS, 2004).

2.2 O Poder midiático na esfera do Sistema Penal

O sistema jurídico brasileiro é influenciado constantemente pela imprensa e mídia, sobretudo dentro do sistema de processo penal, no qual muitas vezes surgem informações polêmicas, com opiniões que são transmitidas por todos os meios de comunicação. Contudo, essas opiniões, em diversas ocasiões, acabam por influenciar os julgamentos criminais no Judiciário, sobretudo os feitos de competência do Tribunal do Júri, pois existem um maior empenho da população em matérias quando envolvem esses atos criminosos.

Além disso, por intermédio dessas notas conduzidas pelos meios de comunicação, o desenvolvimento do clamor social e da opinião pública se deparam estreitamente conexos, visto que como acabam por ser divulgados a um mesmo ramo de notícias, criando um acordo único sobre o crime.

Nesse viés, essa interferência midiática dentro do Direito Penal e Processo Penal está cada vez maior, pois os nossos meios de informação utilizam um discurso extremamente punitivista, a qual explora exageradamente um maior rigor penal, isto é, mais repressão, leis penais mais duras, sentenças mais severas e uma execução penal sem benefícios (ALMEIDA; GOMES, 2013).

Um pouco em todos os tempos, mas na atualidade cada vez mais o processo penal interessa à opinião pública. Os jornais ocupam boa parte de suas páginas para a crônica dos delitos e dos processos. Quem as lê, aliás, tem a impressão de que existem mais delitos do que boas ações neste mundo. A eles é que os delitos assemelham-se às papoulas que, quando se tem uma em um campo, todas delas se apercebem; e as boas ações se escondem, como as violetas entre as ervas do prado. Se dos delitos e dos processos penais os jornais se ocupam com tanta assiduidade, é que as pessoas por estes se interessam muito; sobre os processos penais assim ditos célebres a curiosidade do público se projeta avidamente. E é também esta uma forma de diversão: foge-se da própria vida ocupando-se da dos outros; e a ocupação nunca é tão intensa como quando a vida dos outros assume o aspecto de drama. O problema é que assistem ao processo do mesmo modo com que deliciam o espetáculo cinematográfico, que, de resto, simula com muita frequência, assim, o delito com o relativo processo. Assim como a atitude do público voltado aos protagonistas do drama penal é a mesma que tinha, uma vez, a multidão para com os gladiadores que combatiam no circo, e tem ainda, em alguns países do mundo, para com a corrida de touros, o processo

penal não é, infelizmente, mais que uma escola de incivilização (CARNELUTTI, 2002, p. 12).

Nesse diapasão, essa maneira utilizada pela grande mídia como uma forma “infalível” de resolver o problema da criminalidade, é repassado diariamente como um retrato de ideia equivocada da proliferação desenfreada da violência dentro do país, pois através dessas divulgações conseguem-se alimentar a sociedade com um sentimento de vingança e pela ideia de que o cárcere e a pena de morte teriam condições de paralisar a conduta criminosa.

Ademais, essas informações repassadas levam a sociedade à acreditar que não há outra maneira de agir em cima do agressor e que somente através de impor um rigor mais punitivo é a solução de resolver-se os problemas de criminalidade. Vende-se a vingança (exclusão) como remédio para o mal causado pelo criminoso.

Outrossim, essa supervalorização do crime o que é característico do chamado Populismo Penal Midiático procura criar ou ampliar por meio de eficientes técnicas de manipulação a sensação de insegurança e o sentimento de medo nas pessoas comuns (MISSI, 2017).

Não obstante, esse processo de midiaticização do crime e da violência estimula a prisão não como uma forma de reabilitar, mas sim como meio de vingança perante o delinquente, pois a exploração do produto-crime-notícia procura expressar através do castigo toda a repulsa ocasionada pelo ato praticado.

Dessa maneira, Zaffaroni aponta que:

Los políticos desconcertados Suelen creer que con concesiones a la criminología mediática contienen su embate y cuando se percatan de que eso no lo detiene sino que lo potencia, aumenta su desconcierto. Ignoran que la criminología mediática no tiene límites, va en un crescendo infinito y acaba reclamando lo inadmisibles: pena de muerte, expulsión de todos los inmigrantes, demolición de los barrios precarios, desplazamientos de población, castración de los violadores, legalización de la tortura, reducción de la obra pública a la construcción de cárceles, supresión de todas las garantías penales y procesales, destitución de los jueces, etcétera (2011, p. 403).

Constrói-se, por conseguinte, uma realidade paralela à qual é dado maior ênfase ao delito praticado, isto é, à expansão do poder punitivo junto ao apoio popular objetivando propagar a construção de mais presídios, aumentar o contingente policial, mais poder a polícia, mais vigilância de toda a população, mais controle, dentre outros fatores.

3 POPULISMO PENAL E PUNITIVISMO

Conforme já exposto, o populismo penal é um discurso e, ao mesmo tempo, uma prática punitiva, método, procedimento ou um movimento de política criminal paralelo com características próprias (FERRAJOLI, 2012, p. 57).

Da sua parte, Zaffaroni considera que o termo popularismo é o mais adequado, haja vista que se está diante de uma versão atualizada, remodelada do autoritarismo fundante dos sistemas de justiça da América Latina:

Acho que o novo 'populismo penal' (não é 'populismo', que é outra coisa, especialmente na América Latina) é uma demagogia que explora o sentimento de vingança das pessoas, mas, politicamente falando, é uma nova forma do autoritarismo. A violência aumenta porque aumentou a miséria. Os anos 1990 foram os anos do festival do mercado: os pobres ficaram mais pobres e alguns ricos, nem todos, mais ricos. Os mesmos autores dessa política de polarização da sociedade são os que hoje pedem mais repressão sobre os setores vulneráveis da população. Querem mais mortos e, entre infratores e policiais, mais 'guerra'. No final, eles são invulneráveis a essa violência. A 'guerra' que pedem é a 'guerra' entre pobres. Na medida em que os pobres se matem entre si, não terão condições de tomar consciência da sua circunstância social e, menos ainda, política. O perigo para os reacionários não é a morte nas favelas, nem a morte dos favelados, nem a morte dos policiais, mas o risco de os pobres se juntarem e tomarem consciência da armadilha penal. Essa política dos chamados comunicadores sociais e políticos sem programas, que só querem mais poder policial, no fundo é a neutralização da incorporação das maiorias à democracia. É manter um mundo não civilizado marginalizado do mundo civilizado. O mundo da favela e o mundo da Barra! Na medida em que os da favela se matam (aí estão incluídos os policiais), a Barra não tem perigo de invasão, só algum criminoso isolado, mas nada de

reclamação política, nada da consciência dos excluídos, nada que possa pôr em perigo as estruturas de classe, que se tornam estruturas de casta na medida em que a sociedade impede a mobilidade vertical, máxima aspiração dos 'popularistas penais'" (2007, p. 131).

Infelizmente, na atualidade o Direito Penal vem sendo tratado e visto pela população como um diploma emergencial, isto é, como uma válvula de escape do governo para tudo aquilo que não conseguem resolver com as políticas públicas.

Essas plataformas políticas e eleitoreiras forjadas ao fogo de leis penais abusivas e bizarras, usam-se de um país assolado progressivamente pela criminalidade para lançar "soluções" que visem resolver os fatos geradores sociais. No entanto, ao promoverem discursos, com temas como, por exemplo, maioria penal, corrupção, pedofilia, entre outros, o pensamento que quer incutir-se na mente da sociedade é que a única fórmula para se combater o crescente índice de criminalidade é através de leis penais mais rígidas.

Nesse contexto, essa ilusão equivocada sobre o direito penal implantada na mente da sociedade é de inteira responsabilidade do Poder Legislativo deste país, que diga-se de passagem tem feito um uso miserável dessa respeitável ciência do direito. Ademais, essa invocação do direito penal deve ser feita consoante prescrição de um remédio no intuito de combater uma determinada doença, ou seja, o uso descontrolado e indiscriminado além de não resolver o problema, traz sérias consequências a doença.

Nesta linha de pensamento, assim explicou o professor Greco, ao afirmar que "existe um sentimento natural do homem, ao nosso sentir plenamente egotista, preconceituoso e vingativo, de somente invocar o direito penal máximo ou direito penal do inimigo para o outro, nunca para si."

No final dos anos de 1970, políticos, jornalistas e acadêmicos norte-americanos, irresponsavelmente criaram o movimento pela lei e pela ordem, a qual espalhou-se como uma praga pela Europa e Américas (BEST, 2001).

Desde então, anualmente políticos do mundo inteiro dirigiam aos Estados Unidos para conhecer tal roteiro. Aprendem inicialmente, que os cidadãos já não interessam mais pela política, justamente pelo fato desta haver se tornado irrelevante e não conseguir resolver os problemas destes, e que levantar a bandeira a fim de tratar o crime com mais dureza é a excelente saída para os políticos conseguirem popularidade.

Essa retórica e ordem, inclui algumas estratégias, quais sejam: desmoralizar o sistema criminal, qualificando-o como fraco e lerdo, e, inclusive, retirar do mesmo a possibilidade de opinar sobre as estratégias de prevenção e combate ao crime. Além disso, essa ideia de aparecer junto às vítimas e estimular as reações de revanche e vingança, bem como dividir a população entre os cidadãos de bem e os crápulas fazem parte de todo o processo de recrudescimento do roteiro proposto.

O estabelecimento do populismo penal no Brasil, e suas principais medidas em direção a uma política de lei e ordem (populismo penal, portanto), são frutos do período de democratização, após a Constituição de 1988 (GAZOTO, 2010).

O populismo penal é uma realidade no Brasil, mesmo com características próprias, no entanto com funcionamento a qual difere em relação à Europa Ocidental e os Estados Unidos, originários de tal movimento. Assim, essa interferência no funcionamento das instituições democráticas e nos direitos civis e políticos dos brasileiros refletem uma resistências para efetivação do populismo penal existem, mas enfraquecidas pela aliança entre políticos, mídia e vítimas.

Nesse contexto, desde a promulgação da Constituição de 1988 permite-se afirmar que a democracia brasileira talvez enfrente sua pior crise, devido ao estado de incerteza e insegurança causado pelo atual cenário político, econômico e social.

Com estatísticas criminais cada vez mais assustadoras, os discursos de ódio e os clamores punitivistas vêm ganhando força e conquistando audiência e adeptos, os quais disseminam opiniões prontas e infensas a qualquer reflexão crítica. Mais. Essa comentada compulsão social por mais tipos penais e mais punições repercute na atuação dos setores políticos da República, reféns que são da opinião pública (ou publicada?):

Los políticos atemorizados u oportunistas que se suman o someten a la criminología mediática aprueban esas leyes disparatadas y afirman que de ese modo envían mensajes a la sociedad, confundiendo la ley penal con internet. Por supuesto que estas leyes no tienen ninguna incidencia sobre la frecuencia criminal en la sociedad, aunque conforme a su identificación mágica de la imagen con el objeto, la criminología mediática considera que aumenta la seguridad (ZAFFARONI, 2011, p. 380).

Os clamores sociais são norteados para o agigantamento do Sistema Penal e para a criminalização de atos que o Direito Penal não deveria abarcar, conforme explica Dantas (2017, p. 12):

“[...] tal como a hombridade de um indivíduo, como exemplo, requerer que seja elaborada uma lei a fim de assegurar que concursos de beleza sejam realizados de forma proba e tenham como resultado apenas por mérito das pessoas candidatas ao título”.

Nessa esteira, à medida que o Direito Penal avança fica explícito que leis penais mais severas não são capazes de solucionar o problema da crescente criminalidade, contudo, a ideia de abarcar todos os menores problemas que foi dada ao Direito penal é falsa, tornando-a inútil.

Nesses termos, para todo ato considerado novo cria-se uma nova lei, vemos assim os então chamados “crimes plásticos”, como por exemplo os tipificados nos artigos 154-A e 266, 298, parágrafo único (falsificação de cartão), incluídos pela lei nº 12.737/2012, que foi elaborada em decorrência de atos cometidos contra a atriz Carolina Dieckmann, no ano de 2012.

Torna-se óbvio a intenção educacional do Direito Penal no Estado brasileiro. Algumas tipificações e agravamento de penas são decorrentes da falta de educação social, que caso houvesse, sequer existiria a necessidade de tipificação da conduta (DANTAS, 2017, p. 13).

Desse modo, a função do Direito Penal não é educar, no entanto é esta a postura que se vê dentro do Ordenamento Jurídico Pátrio. Caminhando na contramão do lecionado por Beccaria (2013, p. 87/89), pois vem-se aumentando os tipos penais no Brasil e agravando as penas, e a sociedade perdendo educação de valores e instrutiva, uma vez que as penalidades estão servindo apenas como medida de controle social.

Assim, em todos os aspectos, quanto mais educada for a sociedade, e maior intimidade e cooperação existir entre seus membros, faz-se necessária uma menor atuação do Direito Penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando o que foi estudado, pode-se perceber que o poder da mídia no desenvolvimento da opinião pública pode, por diversas ocasiões, influenciar os julgamentos criminais, pois se gera maior empenho da população em matérias quando envolve atos criminosos, e por meio disso, essas notas são conduzidas pelos meios de comunicação. O desenvolvimento do clamor social e da opinião pública se

mostra estreitamente conexo, visto que como acabam por ser divulgados a um mesmo ramo de notícias, criam um acordo único sobre o crime.

Apesar disso, se for realizado de maneira irresponsável e parcial, pode acabar elaborando um julgamento de valor comum sobre os suspeitos e das circunstâncias, que têm sua dignidade arrasada, assim como a vida de seus familiares e sua vida privada divulgadas. Há ainda o agravante de que com o processo por agilidade na transmissão de informações, diversas vezes, não tem tempo apto para uma melhor investigação sobre essas veridades.

A mídia capta um fortíssimo poder de persuasão e de desenvolvimento de opinião pública, pois, tais direitos como a honra, a intimidade, a imagem do indivíduo e, sobretudo, seu presumido estado de inocência, o qual é assegurado até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, é desamparando por uma verdadeira condenação prematura do indivíduo, desobedecendo as normas processuais e expondo-o a circunstância vexatória e humilhante sem que sequer consiga se defender.

Por outro lado, a desestruturação do Estado, a falta de educação ética e moral da população e a modernidade, segundo a qual afasta o convívio das pessoas, inexistindo intimidade e ciência sobre o próximo, faz parecer que o direito penal tem vivido um recrudescimento o qual vai de encontro a qualquer processo de redemocratização.

Nesse cenário, é preciso uma mudança da mentalidade punitiva, o reconhecimento da falência do modelo desse encarceramento em massa, visando a compreensão que uma justiça meramente retributiva ignora as desigualdades presentes nessa sociedade herdeira do escravismo e não trará qualquer benefício para a população.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Judson Pereira de. **Os meios de comunicação de massa e o Direito Penal: a influência da divulgação de notícias no ordenamento jurídico penal e no devido processo legal**. Vitória da Conquista – BA. 2007. Monografia Científica em Direito na FAINOR - Faculdade Independente do Nordeste, 2007.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di, **Dos delitos e das penas**; Tradução J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 6 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BRASIL. **Constituição Federal, 1988**, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2011, 103p.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2007.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CORRÊA, Fabrício da Mata. **Populismo Penal**, 2012. Disponível em: <https://fabriciocorrea.jusbrasil.com.br/artigos/121941325/populismo-penal>. Acesso em: 18 de setembro de 2019.

COSTA, Domingos Barroso da. **O fetiche punitivista e o colapso do Estado de Direito**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-02/tribuna-defensoria-fetiche-punitivista-colapso-estado-direito>. Acesso em: 26 de setembro de 2019.

COSTA, Domingos Barroso da. **A crise do supereu e o caráter criminógeno da sociedade de consumo**. Curitiba: Juruá, 2009.

COSTA, Rafaelle Braga Vasconcelos. FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. **Punitivismo e alternativas penais: o sistema penal brasileiro vai de encontro ao processo de redemocratização?** Disponível em: Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito Centro de Ciências Jurídicas - Universidade Federal da Paraíba Nº 01 - Ano 2015. Acesso em: 26 de setembro de 2019.

DANTAS, Kelly Marlyn Colaço. **O retorno do Punitivismo Penal**. 2017. Disponível em: http://www.cedipe.com.br/3cbpj/docs/artigos_pdf/05_retorno_punitivismo_penal.pdf. Acesso em: 26 de setembro de 2019.

GAIO, André Moysés. **O populismo punitivo no Brasil**. Universidade Federal de Juiz de Fora. CS Online – Revista Eletrônica de Ciências Sociais, ano 5, ed. 12, abr./jul. 2011.

GARLAND, David. **A Cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2008.

GAZOTO, Luis Wanderley. **Justificativas do congresso Nacional Brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo**. Tese de Doutorado. Departamento de Sociologia, UNB, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza. **Populismo penal midiático caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

GOMES, Marcus Alan. **Mídia e sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

MATTOS, Geraldo. **Dicionário Júnior da Língua Portuguesa**. 3. ed., São Paulo, FTD, 2005.

MIRANDA, Gustavo Lima de. **A história da evolução da mídia no Brasil e no mundo**. 2007. 43 fl. Monografia (Bacharel em Comunicação Social) - Faculdade de Ciências Sociais Aplicada. Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/1265/2/20266495.pdf>>. Acesso em: 25 setembro 2019.

MISSI, Felipe Haigert. **Populismo Penal Midiático e sua forma vingativa de punir**, 2017. Disponível: <http://www.justificando.com/2017/02/21/o-populismo-penal-midiatico-e-sua-forma-vingativa-de-punir/>. Acesso em: 13 de setembro de 2019.

SOUZA, Artur César de, **A decisão do juiz e a influência da mídia** / São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SOUZA, Regiane Aparecida de. **A influência da mídia nas decisões do tribunal do júri**. 2017. 45 fl. Monografia (Bacharel em Direito) – Faculdade FIBRA. Anápolis, 53 Goiás. Disponível em: <<http://fibra.edu.br/wp-content/uploads/2017/08/TCC-Regiane-Aparecida-de-Souza.pdf>>. Acesso em: 25 setembro 2019.

WERTHEIN, Jorge. **A sociedade da informação e seus desafios**. **Ci. Inf.** Brasília: v. 29, n. 2, p. 71-77, mai./ago. 2000.

WOJCIECHOWSKI, P. B. **A fábrica midiática de inimigos e o risco à democracia. Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 49-65, jan.-jun. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La palabra de los muertos**: Conferencias de criminologia cautelar - 1ª ed. - Buenos Aires: Ediar, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A esquerda tem medo, não tem política de segurança pública. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, ano 01, n. 01, p. 131-139, 2007.

NOTAS:

[1] Bacharel em Direito pelo Instituto de Ensino Superior do Sul do Maranhão, IESMA/UNISULMA. Imperatriz/MA, telefone: (99) 99176-1918, e-mail: daraa_sousa@hotmail.com

[2] Advogado. Doutorando em Direito Público pela UNISINOS. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UGF.

Bacharel em Direito pela UFPA. Professor universitário no IESMA/UNISULMA e UNICEUMA. Imperatriz/MA, telefone: (99) 99122-3751, e-mail: paulothiagofernandes@hotmail.com

REFUGIADOS E IMIGRANTES NO BRASIL E NO MUNDO LEI Nº 9.474, DE 22 DE JULHO DE 1997. NOVA LEI Nº 13.445/2017

ÂNGELA MARIA FONSÊCA MORAIS:

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus CEULM/ULBRA.

RESUMO: A presente pesquisa tem como foco principal analisar quais são as causas e ações que estão sendo realizadas internacionalmente como vias de ajudar e a reprimir, também prevenir e lidar com o deslocamentos de pessoas no mundo inteiro. O problema dos refugiados é muito mais sério do que se pensa e muitos deles vivem em situação críticas, que sua maior situação de vulnerabilidade acabam sendo alvos fáceis de pessoas mal intencionadas. Diversos tratados e acordos internacionais dispõem sobre os direitos dos imigrantes, inclusive, convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de forma que demonstra o relatório anual global que a criminalidade principalmente no Brasil está crescendo devido falta de moradia e emprego. Uma análise relevante ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Refugiado, Imigrante, Sociedade, deslocamento, Proteção.

RESUMEN: Esta investigación tiene el foco principal cuáles son las causas y acciones que se están llevando a cabo internacionalmente con formas de ayudar y reprimir, también prevenir y tratar el desplazamiento de personas en todo el mundo. El problema de los refugiados es mucho más grave de los que muchas personas piensan que viven en situaciones críticas, ya que su mayor vulnerabilidad termina siendo un blanco fácil para las personas con malas intenciones. Varios tratados y acuerdos internacionales prevén los derechos de los inmigrantes, incluidas las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de una manera que el informe anual global demuestra que el crimen, especialmente en Brasil, está creciendo debido a la falta de vivienda y empleo. Un análisis relevante al principio de la dignidad humana.

Palabras clave: Refugiado, Inmigrante, Sociedad, desplazamiento, Protección.

Sumário: Introdução. 1. Refugiados e imigrantes em situação de riscos e vulnerabilidade. 2. Imigrantes e refugiados na constância estabilidade e valores. 2.1. Da prevenção e a ajuda humanitária internacional. 2.2. Complexidade e deslocamento. 3. Reflexo da imigração no amparo legal da justiça e nações unidas em questão da mobilidade humana. 4. Conclusão. 5. Referências.

INTRODUÇÃO

De que forma surgiu essa migração? A migração faz parte da história da humanidade. Historiadores em geral concordam que o estilo de vida migratório e o sedentário coexistiram em todos os períodos da história mundial, apesar das fundações legais e administrativas da migração moderna somente terem surgido no final do século XIX.

Reflexo da migração é o impacto na sociedade, vem sendo implantados projetos de reconstrução sólida para tentar solucionar a questão da mobilidade humana, é hoje parte central da discussão em todo mundo, é o assunto permeado em todas as esferas social, religiosa, econômica e política.

Existem até essa data em todo mundo, um movimento de deslocamentos de seres humanos sem precedentes, são milhares de pessoas que não sabem que destinos irão tomar. O deslocamento de refugiados e imigrantes é um fenômeno complexo que sempre existiu no mundo, embora suas características, suas causas e consequências tenham mudado com o decorrer do tempo. Entretanto, a questão migratória se encontra em grande ascensão nas últimas décadas, principalmente a partir do período pós Segunda Guerra Mundial, quando os deslocamentos se intensificaram de maneira nunca antes vista.

Embora a imigração seja um problema mundial que ultrapassa as fronteiras dos países, existem, hoje, poucas convenções e tratados internacionais sobre o fenômeno. A pesquisa tem como objetivo analisar os instrumentos internacionais que versam sobre os direitos dos imigrantes incluindo os tratados da Organização Mundial do Trabalho (OIT) e a Opinião Consultiva (OC) nº 18/03 da Corte Interamericana de Direitos Humanos - princípio da igualdade e da não discriminação. que dispõe sobre a proteção do trabalhador imigrante.

Enquanto, os refugiados têm a proteção. O regime legal específico que protege os direitos dos refugiados é conhecido como "proteção internacional dos refugiados". A Convenção de 1951 e seu Protocolo de 1967. O artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos do Refugiados. Para tanto, utilizarei pesquisas bibliográfica e de normas jurídicas internacionais, por meio de artigos, periódicos e livros sobre conceitos e teorias relacionadas à jurisprudencial acerca do tema proposto por meio de pesquisa qualitativa.

1. REFUGIADOS E IMIGRANTES EM SITUAÇÃO DE RISCOS E VULNERABILIDADE.

Conforme relatório de desenvolvimento humano de 2009, realizado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), aproximadamente 195 milhões de pessoas moram fora de seus países de origem, o equivalente a 3% da população mundial, sendo que cerca de 60% desses imigrantes residem em países

ricos e com maior estabilidade de trabalho. Com base ambas as categorias de migrantes estão protegidas por instrumentos internacionais.

A migração internacional involuntária encontra proteção em documentos internacionais específicos e na ação do Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR) em 1950 dois milhões de pessoas se deslocaram pelo mundo, já em 2015 foram 53 milhões de pessoas que saíram de seus países de origens por algum motivo e teme voltar ali por causa de suas opiniões políticas, religiosas ou por pertencer a um grupo social perseguido.

Para os Refugiados, estando as normas internacionais referentes a esses deslocamentos migratórios distribuídas especialmente em três vertentes da proteção internacional: o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional dos Refugiados e o Direito Internacional Humanitário.

Em consequência, "em 1948, a Declaração dos Direitos Humanos reconheceu como direito humano a possibilidade das pessoas fugirem de situações de guerra ou/e de fome e migrarem para outros países. No entanto, a sociedade atual, dominada pela idolatria do mercado, é mais cruel do que as antigas civilizações imperiais. Trata os refugiados de modo pior do que os senhores feudais da Idade Média agiam com os seus inimigos."

Organização das Nações Unidas é um órgão internacional criado com finalidade de assegurar a segurança, bem estar dos refugiados e como desenvolver a cooperação entre os povos. Órgão busca solucionar os problemas sociais, humanitárias, culturais e econômicos, promovendo o respeito às liberdades, promovendo o respeito às liberdades fundamentais e aos direitos humanos.

Objetivos da ONU manter a paz para atingir esse objetivo, poderá tomar de maneira coletiva medidas que preservem a paz e que reprime os atos de agressão à ruptura. A ONU buscará meios pacíficos com auxílio da justiça e do direito internacional e, assim, atingir a solução às situações que arriscam a manutenção de paz.

Cooperação entre as nações: as relações entre ambas sempre muita amistosas e baseadas no Princípio da Igualdade de Direito, da autodeterminação dos povos e do fortalecimento da paz mundial.

2. IMIGRANTES E REFUGIADOS NA CONSTÂNCIA ESTABILIDADE E VALORES

Fornecimento de acomodação e assistência humanitária, O Brasil é um país tradicionalmente aberto aos refugiados e projeta uma imagem de país tolerante no

mundo. Por isso, tem se tornado um destino de acolhida para vários refugiados que veem obrigados a deixar seu país. Apesar disso, esses novos habitantes só representam 0,05% da população.

Os maiores contingentes de solicitantes de asilo no Brasil são os haitianos, Por último, é claro que as considerações de segurança podem afetar tanto o exercício de direitos fundamentais dos refugiados como a busca de soluções duradouras para sua problemática.

Com efeito, uma opinião pública desinformada ou a manipulação da informação com objetivos populistas pode gerar xenofobia e discriminação em relação aos refugiados de uma certa nacionalidade, uma determinada origem étnica ou uma religião específica, e isso igualmente influi na integração local de refugiados e nas cotas que os Estados estabelecem para receber refugiados reassentados. Segundo dados do Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), publicada em 2017.

Este extrato tem como objetivo fazer uma análise da “Nova Lei de Migração, Lei nº 13.455, promulgada em maio de 2017”, em oposição ao antigo diploma de regulamentação que tratava da imigração, o ***Estatuto dos Estrangeiros***. Para isso, este artigo conceitua o direito de migrar como um direito fundamental, após a contribuição teórica de Giuliana Redin, expoente legal no estudo dos fluxos migratórios no mundo de hoje.

Em seguida, será discutido que o antigo Estatuto do Exterior, aprovado no contexto da ditadura militar no Brasil, encarava a pessoa do imigrante como prejudicial ao Estado e estava listado sob a égide da segurança nacional. Por fim, será realizado um estudo sobre a Lei nº 13.455 / 2017, para demonstrar que sua carga axiológica está em conformidade com a Carta Constitucional de 1988 e para mostrar alguns dos avanços da legislação em matéria de direitos dos imigrantes.

Segundo dados realizados no Brasil torna-se um país com maior número de refugiados venezuelanos reconhecidos na América latina. A agência da ONU para refugiados (ACNUR), o procedimento tem sido feito pelo reconhecimento de cerca de 17 mil venezuelanos refugiados para facilitar de prima facie aprovada em dezembro de 2019, pelo Comitê Nacional para refugiados(CONARE).

A primeira decisão do Comitê foi tomada, no início de dezembro, foram solicitados 17 mil pedidos de reconhecimentos no Brasil, tal maneira de reforçar o entendimento a proteção desse refugiado no Brasil.

Com contexto em junho de 2019, houve uma situação de grave e generalizada violação de direitos humanos na Venezuela, em linha com a Declaração de Cartagena de 1984 sobre os refugiados.

2.1. DA PREVENÇÃO E A AJUDA HUMANITÁRIA

O Estados que recebessem no que diz respeito ao acesso ao território, hoje as pessoas que necessitam de proteção enfrentam a aplicação indiscriminada de maiores controles migratórios, medidas crescentes de interceptação em países de origem, em países de trânsito e em alto mar, assim como suspeitas em função de sua nacionalidade, religião ou país e região de procedência. Essas situações representam limitações adicionais para que um refugiado possa entrar em um território em busca de proteção, segurança, assistência médica, escola para crianças, comida e trabalho para adultos.

O Estado devem assegurar a possibilidade do refugiado solicitar o direito de asilo. Por isso, no entanto, esta mesma convenção não determinou nenhuma sanção caso o país de acolhida não cumprisse estas normas. A realidade é bem diferente e os refugiados muitas vezes são confinados em centros de detenção que se assemelham à prisões. Alguns têm a sorte de serem atendidos por ONGs ou ordens religiosas que tentam integrá-los ao novo país.

“Organização das Nações Unidas é um Estatuto denominado a proteger dos refugiados e imigrantes quando se fala no interesse da segurança, e no que diz respeito às cláusulas de exclusão propriamente ditas, preocupa-nos que se pretenda analisar sua aplicação antes mesmo de se chegar à conclusão de que a pessoa reúne os requisitos da definição de refugiado da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951”.

Em consequência, o ACNUR reitera que para salvaguardar o direito de asilo e o regime de proteção internacional dos refugiados é necessário primeiro aplicar as cláusulas de inclusão e só depois analisar a aplicação das cláusulas de exclusão perante alguns requisitos de forma é primeiro que seja necessário estabelecer que a pessoa tenha o perfil de refugiado e pode assim, reunir suficiente e poder analisar se pessoa necessita ou merece proteção internacional.

No Brasil os imigrantes venezuelanos, segundo pesquisas, as instituições, ONGs e universidades vêm desenvolvendo um trabalho e têm mobilizado parcerias e, vem realizando ações voltadas para atender às necessidades de crianças, adolescentes e suas famílias nas áreas de nutrição, saúde, água potável, saneamento, higiene, com iniciativa de colaborar também com proteção, educação, comunicação para o desenvolvimento e coordena, em parceria com autoridades locais, os Grupos de

Trabalho (GT), agrupam outras agências das Nações Unidas, órgãos públicos e ONGs ativas na resposta a segurança de todos os imigrantes venezuelano.(UNICEF)

2.2. COMPLEXIDADE E DESLOCAMENTO

Observa-se um grande contingente populacional se deslocando interna e internacionalmente, o que implica na urgente tarefa de confrontar os fatos com o direito, a fim de se executar soluções políticas que tragam resultados positivos tanto para os estados quanto para os seres humanos. Diante desse cenário, o presente trabalho pretende, a partir da compreensão da complexidade dos crimes de contra as vítimas que têm expostas a vulnerabilidade que de fato acabam sendo uma violação dos direitos humanos.

“Milhões de pessoas em todo o mundo estão fugindo de suas casas por causa de conflitos e perseguições. A comunidade internacional deve se unir para atender às suas necessidades imediatas e ajudar a reconstruir suas vidas. O anúncio de hoje ajudará a conseguir isso, fornecendo às pessoas forçadas deslocadas os suprimentos e serviços necessários, como a educação para crianças pequenas”, e, arremata, “O Canadá é uma nação construída a partir do zero por imigrantes e refugiados. Temos uma história orgulhosa de abrir os nossos braços - e as nossas fronteiras - aos mais necessitados, e estamos ansiosos para acolher muitos mais migrantes e refugiados nos próximos anos. Continuaremos a liderar com corações quentes e mentes abertas”.(ACNUR)

Com base na pesquisa mostrar como acontece com as pessoas mal intencionadas e a forma como é esse tipo de crime demonstrar segundo relatório da anual global. O avanço sobre esse assunto vem sendo relatado conforme os órgãos competentes no combate a discriminação e xenofobia nos refugiados.

Conforme pesquisas já demonstram não ser suficientes para avaliar a pertença de um indivíduo a um determinado território. A supressão de fronteiras em alguns territórios, como a União Europeia, por exemplo, levanta suspeitas sobre a validade dos modelos nacionais de aquisição de cidadania. Ou seja, a migração, é relevante termos a consciência de que esses refugiados não irão parar de deixar seus países de origens para fugir da pobreza e de toda perseguição que enfrentam oportunidade de ter uma vida digna.

Um marco histórico e segundo estudo verificado os dados que acompanha os estrangeiros, e encorajamento que o indivíduo exerça sua liberdade de “ir” e “vir” com base no artigo 5º, inciso xv da Constituição Federal Brasileira.

Artigo 5º, XV CF - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

O contexto procede com diz a chamada migração voluntária, da qual nos ocuparemos aqui, ocorre quando o deslocamento se dá com vistas a melhores condições de vida, muitas vezes impulsionado pela busca por mais oportunidades de sobrevivência e de trabalho. A fuga de seres humanos de guerras; perseguições políticas, raciais, religiosas; ou de desastres ambientais provocados pelo homem ou por cataclismos naturais, é o que caracteriza as migrações forçadas ou involuntárias.

3. REFLEXO DA IMIGRAÇÃO NO AMPARO LEGAL DA JUSTIÇA E NAÇÕES EM QUESTÃO DA MOBILIDADE HUMANA

De acordo com relatório global Trends, diante da crise mundial, em particular na Venezuela só se reflete neste número por suposição, segundo porque a crise é securitiza de forma discursiva, com algo perigoso que justifica medidas excepcionais, tal qual o fechamento de fronteiras e logo, percurso viabilizar um efeito colateral negativo que seja absolvido.

Neste sentido, entende-se que seja refugiado, é algo passageiro, passível de resolução para que o indivíduo passa voltar à condição de ser humano e seus direitos com a Carta Constitucional de 1988 e mostrar alguns dos avanços da legislação em matéria de direitos para o imigrante.

Enquanto a linguagem muitas vezes usada para falar de refugiados e imigrantes tende a dividir, ao mesmo tempo estamos testemunhando as manifestações de generosidade e solidariedade, especialmente por parte das mesmas comunidades que recebem um grande número de refugiados. Estamos também assistindo a um envolvimento sem precedente de novos atores, incluindo aqueles que estão comprometidos com desenvolvimento, as empresas privadas e indivíduos, que não só reflete mas também põe em prática o espírito do pacto global para os refugiados, afirmou alto Comissário das Nações Unidas para refugiados.(Filippo Grandi).

“Refugiados, requerentes de asilo e pessoas deslocadas internamente, os três principais grupos: Em 2018, uma 108 pessoas eram refugiadas, de acordo com relatório, e uma cada duas eram refugiadas com menor de 5 anos de idade, sozinhas

ou separadas das suas famílias. Os países mais pobres recebem um terço de todos os refugiados em todo o mundo, enquanto 80% dos refugiados vive em países limítrofes dos seus países de origem”.

Vale salientar nos seguintes conflitos registrados;

Conflitos e pobreza o número de refugiados é muito mais alto do que se pensar e isso se deve o conflitos e crises humanitárias que, infelizmente, não acenar a encontrar uma solução diz um dos porta-vozes do ACNUR, aos microfones da rádio Vaticano Itália, o aumento desses milhares números foi registrado no início de 2011 com a crise da Síria, mas infelizmente se soma novos conflitos, como o do Iêmen, Sudão do Sul e conflitos que aparecem não encontrar uma solução, como no Afeganistão, República Democrática do Congo e muitos outros.

É um número elevado que infelizmente continua a crescer continua, também porque o regresso dos refugiados às suas casas está diminuindo, precisamente porque as condições de segurança nos seus países não permitem um retorno seguro.(Federico Fossi).

Para compreendermos melhor o exposto acima, iremos analisar a seguinte jurisprudência da

1. O Brasil assinou a ***Convenção de Genebra em 1951***
2. Estatuto dos Refugiados ***Decreto Legislativo 11, de 1960***
3. Recepcionada pelo ***Decreto 50.215, de 28 de janeiro de 1961***
4. ***Protocolo de Nova York em 1967***, recepcionado pelo ***Decreto 70.946, de 7 de agosto de 1972.***
5. Retificações pelos ***Decretos 99.757, de 29 de novembro de 1990*** e ***Decreto 98.602, de 19 de dezembro de 1989***, internalizando, assim, os direitos e garantias dos refugiados pactuados no âmbito internacional.

“Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.”

Nesse mesmo sentido, por meio do art. 1º da Lei 9.474, de 22 de julho de 1997, o legislador brasileiro definiu os mecanismos para a implantação do Estatuto dos Refugiados, prevendo, também, os requisitos objetivos e subjetivos que o estrangeiro deverá comprovar para ser reconhecido como “refugiado” no país, in verbis:

NOVA LEI DE MIGRAÇÃO LEI Nº 13.455; promulgada em maio de 2017

Conforme artigo 12º, inciso I e II (Carta Magna)

Existem duas vertentes de imigrantes (estrangeiros), aqueles residentes (imigrantes) e os que estão de passagem, férias, enfim, que não residem naquele país (visitantes). Mesmo com essa diferenciação é óbvio que ambos devem ser tratados igualmente, respeitando a dignidade dos indivíduos, para que os mesmos possam usufruir de todos os seus direitos.

A Nova Lei de Migração, portanto, nasce como corolário da Nova República brasileira, na qual a Constituição de 1988 é o grande marco legal, sendo mais liberal e democrática, o que a fez merecer a alcunha de Constituição Cidadã – “[...] Finalmente, foi promulgada a Constituição em 1988, um longo e minucioso documento em que a garantia dos direitos do cidadão era preocupação central.” (CARVALHO, 2008, p. 200) Nesse ambiente de redemocratização do país, a Constituição de 1988 foi capaz de permitir a saída de um regime autocrático e intolerante para um Estado democrático de direito (BARROSO, 2013, p. 268).

Na seção II da Lei nº 13.455/2017, encontram-se os princípios que regerão a política migratória nacional, com a observância, vale repetir, dos direitos fundamentais, pois seu artigo 3º, inciso I, apresenta que a política migratória se rege pela universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. Sobre vocábulo “universalidade”, não é equivocado afirmar que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais e que a qualidade de ser homem é condição suficiente para a sua titularidade, não importando se imigrante ou brasileiro nato ou

naturalizado (MENDES, 2014, p. 142). E acerca da “indivisibilidade” da “interdependência dos direitos humanos” argumenta-se que os direitos dos imigrantes não podem ser vistos como elementos isolados, mas sim como um bloco, que reflete coligações com os demais direitos fundamentais (FERNANDES, 2017, p. 344).

ESTATUTO DO ESTRANGEIRO

“Art. 107. O estrangeiro admitido no território nacional não pode exercer atividade de natureza política, nem se imiscuir, direta ou indiretamente, nos negócios públicos do Brasil, sendo-lhe especialmente vedado:

I – organizar, criar ou manter sociedade ou quaisquer entidades de caráter político, ainda que tenham por fim apenas a propaganda ou a difusão, exclusivamente entre compatriotas, de idéias, programas ou normas de ação de partidos políticos do país de origem;

II – exercer ação individual, junto a compatriotas ou não, no sentido de obter, mediante coação ou constrangimento de qualquer natureza, adesão a idéias, programas ou normas de ação de partidos ou facções políticas de qualquer país;

III – organizar desfiles, passeatas, comícios e reuniões de qualquer natureza, ou deles participar, com os fins a que se referem os itens I e II deste artigo.

“Ora, a nova lei revogou o antigo Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815, de 1980), sancionado no contexto do regime militar brasileiro, que primava pela segurança nacional, em que o imigrante era tratado como inimigo, nocivo à vida dos cidadãos. O novo diploma migratório está, portanto, escorado nos princípios consagrados pela Constituição de 1988 e pelo Tratados Internacionais que versam sobre os direitos humanos, conferindo aos imigrantes direitos e garantias fundamentais. Direitos individuais e sociais também são destinados ao imigrante, bem como os direitos difusos e coletivos, todos também contidos no texto constitucional. Permite-se, inclusive, a participação política do imigrante em solo brasileiro, algo vedado no antigo Estatuto do Estrangeiro.”

4. CONCLUSÃO

Conforme o artigo científico conclui-se análise documental que consiste em identificar, e verificar de que forma os órgãos governamentais ACNUR, ONGs e instituições vem, vislumbra o comprometimento com as políticas públicas e diretrizes eficaz para integração desses imigrantes na sociedade.

A abordagem e síntese exige um estudo amplo do objeto de pesquisa, considerando o contexto em que ele está sendo inserido e as características da sociedade a que pertence. Devido ao caráter subjetivismo de uma metodologia quantitativa, foi necessário ter realizado um trabalho de campo. Fundamentos realizados sempre estaram em foco para integração dos direitos e o relacionamento inerentes à dignidade da pessoa humana que estejam assegurados e protegidos em todo ordenamento jurídico mundial.

Natureza da pesquisa é gerar conhecimentos novos e úteis para o avanço da com aplicação de ajuste que envolve verdades e interesses universais. Dependendo do fluxo e sustento da qualidade de melhorar a vida dos refugiados e imigrantes no âmbito social.

Consiste sintetizar e sistemática objetivamente as provas, para estabelecer os fatos e obter conclusões acerca das questões norteadoras do estudo. Segundo os objetivos: Descritiva e Explicativa no contexto da norma jurídica entre ambos órgãos. Descritiva porque – envolve técnicas padronizadas de coletas de dados, com interpretações didáticas e fundamentada buscando política pública bem desenvolvida que seria essencial para elaboração de ajuda humanitária para todos estrangeiros que vivem fora de seus países de origem, reconhecendo a multicausalidade da vulnerabilidade e a fragilidade do estrangeiro e suas manifestações.

Vertentes da proteção internacional: o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional dos Refugiados e o Direito Internacional Humanitário. Sendo assim, percebemos a importância que as possuem no ordenamento jurídico mundial, pois os mesmo são os guardiões jurídico entre as nações, sendo responsáveis por solucionar possíveis conflitos que estejam sobre suas respectivas jurisdições.

No contexto deste importante artigo abrange-se importante papel para vida do cidadão estrangeiro na sociedade, sabemos que é de suma responsabilidade do poder público prestar serviço com qualidade e eficiência: diante desse contexto levando em consideração a grande taxa de refugiados e imigrantes no Brasil e mundo.

Segundo ROUSSEAU:

Utiliza o conceito de estado da natureza, um postulado hipotético, como em Hobbes e Locke, supondo que os homens chegam a uma situação social em que a liberdade natural coloca em risco a conservação de suas próprias vidas. Na luta pela sobrevivência, os homens rompem o estado de natureza e podem tornar-se um mero agregado em que a base das relações sociais seja a submissão assentada na relação senhor-escravo. Faz-se necessário, então, uma primeira convenção, o ato de fundação para estabelecer uma nova sociedade política. (p. 19 e 20).

Deste modo, o viés social diz respeito às diversas ações de integração e adaptação do imigrante em seu novo país. O viés político abrange os acordos de mão-de-obra, as convenções bilaterais entre os países de emigração, que tratam das condições de entrada, de estadia, de trabalho, e que se definem conforme as diferentes relações de força existentes na política internacional são nítidas duas diretrizes. De um lado as entidades facilitadora e, resguardando a sua própria legislação perante a realidade que abala os países. E de outro, um órgãos internacionais relevante as condições que muito das vezes são objetos de restrição a cumprir as recomendações estabelecidas pelas medidas socioeducativa.

Por fim, menos importante quando umas das diretrizes forem determinadas como orientação e precaução. Em suma, se optarem pelas determinações ou recomendações das órgãos internacionais, com âmbito de corroborar com intuito de desenvolver a implantação de novos recursos para melhoria de fluxo contingente e também regras de cooperação entre países, busca solução para impactos econômicos e sociais diretamente associados à vida dos imigrantes. Para que assim fique claro o intuito de todos na preservação dos direitos humanos tanto no Brasil como nos países internacionais.

5. REFERENCIAS

BRASIL. **Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980.** Estatuto do Estrangeiro. Disponível em: <

Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em: 17 mar. 2020

_____. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração. Disponível em:

Fonte: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2019/lei/L13445.htm>. Acesso em: 28 mar. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

REVISTA, **ÂMBITO JURÍDICO** - 2020

UNICEF.2019,p.34

CONARE- Comitê Nacional para os refugiados

noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

EUSEMFRONTEIRAS.com.br

ROUSSEAU- Contrato Social I p.19,20

Hippolyte d'Albis, da Paris school of economics- 1985- 2015

BROCK, Gillian, "*Global Justice*", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = [<https://plato.stanford.edu/archives/spr2019/entries/justice-global/>](https://plato.stanford.edu/archives/spr2019/entries/justice-global/).

DECRETO Nº 50.215, DE 28 DE JANEIRO DE 1961 www.planalto.gov.br

DECRETO Nº 70.946, DE 7 DE AGOSTO DE 1972. www.planalto.gov.br

DECRETO N 98.602, DE 19 DE DEZEMBRO DE 1989. www.planalto.gov.br

DECRETO N 99.757, DE 29 DE NOVEMBRO DE 1990. www.planalto.gov.br

LEI Nº 9.474, DE 22 DE JULHO DE 1997. www.planalto.gov.br

TESTAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

JÉSSICA CRISTINE FERREIRA DA SILVA:

Bacharelado em Direito pela Universidade Brasil -
Campus Fernandópolis/SP.

Artigo científico apresentado ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade
Brasil Campus de Fernandópolis como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito. Orientadora: Prof. Ma.
THALITA TOFFOLI PÁEZ.

RESUMO: O presente artigo traz como objetivo o estudo do Direito Sucessório, mais precisamente, o direito a sucessão testamentária. Trata sobre os indivíduos que podem ser herdeiros testamentários, quais as quotas que podem ser utilizadas para os fins de testamentos, e a necessidade de se respeitar a legítima. É abordado também, quais são as espécies de testamentos que são admitidos em nosso ordenamento jurídico e as suas peculiaridades, os testamentos especiais, e os procedimentos que precisam ser seguidos para a realização desse direito sucessório, e quais são as pessoas que possuem competência para a realização deste direito. O presente artigo também aborda, sobre a realização de última vontade do testador, que é conhecida por codicilo, onde este deixa por escrito a maneira que deseja para que algumas coisas sejam realizadas, de acordo com a sua vontade, como por exemplo, o que fazer com coisas de pequeno valor, sobre pequenas doações e inclusive sobre o próprio funeral.

Palavras Chave: Sucessões, Sucessão Testamentária, Tipos de testamentos.

ABSTRACT: This article aims to study Succession Law, more precisely, the right to testamentary succession. It deals with individuals who may be testament heirs, what quotas can be used for wills, and the need to respect the legitimate. It also discusses what kinds of wills are admitted to our legal system and their peculiarities, the special wills, and the procedures that need to be followed in order to realize this inheritance right, and which people have the competence to realization of this right. This article also deals with the last will of the tester, which is known as codicilo, where he leaves in writing the way he wishes for some things to be done according to his will, such as to do with small things, about small donations and even about the funeral itself.

Keywords: Successions, Testamentary Succession, Types of wills.

Sumário: Introdução. 1. Histórico. 2. Conceito. 3. Disposição Testamentária. 4. Capacidade Testamentária. 4.1. Capacidade Testamentária Ativa. 4.2. Capacidade Testamentária Passiva. 5. Formas de Testamento 5.1. Testamento Cerrado. 5.2. Testamento Particular. 5.3. Testamento Público. 5.4. Testamento Marítimo e Testamento Aeronáutico. 5.5. Testamento Militar. 6. Principais Características. 7. Codicilos. 8. Conclusão. 9. Referencias.

INTRODUÇÃO

O Direito Sucessório, encontra-se descrito no Código Civil de 2002, onde são previstos dois tipos de sucessão hereditária, que poderão ser encontradas quando da abertura da sucessão, qual seja: sucessão legítima e sucessão testamentária, acerca desta que irá ser discorrido no presente trabalho.

A sucessão legítima, é basicamente, aquela que decorre de lei, que determina a vocação hereditária, estipula aqueles que deverão receber a herança e fixa quais são os herdeiros necessários, aqueles em que consiste a metade do acervo deixado pelo de *cujus*.

No presente trabalho, irá ser discorrido sobre a origem da sucessão testamentária, bem como sobre as disposições legais e doutrinárias que regulamentam os testamentos e sobre os codicilos. Ficando claro que no presente estudo da sucessão testamentária, permite que o testador, fazendo uso do testamento e das demais formas de disposição *post mortem* de vontade, elabore regras hereditárias próprias.

1 – HISTÓRICO

Não se sabe ao certo quando se deu início ao direito testamentário. Sabe-se, apenas que sua origem remete às civilizações egípcia e babilônica. Outros verificam sua origem na Grécia Antiga, e posteriormente sendo levado a Roma, onde tomou o formato aproximado ao que encontramos hoje em dia no nosso ordenamento jurídico. (REHDER, Eduardo. Evolução Histórica do Testamento. Jusbrasil, 2014.)

Boa parte da doutrina concede a criação dos testamentos aos romanos, na “Lex XII Tabularum” (Lei das Doze Tábuas). Mais especificadamente nas Tábuas IV (Do Pátrio Poder) e V (Da Tutela Hereditária), onde davam introduções acerca desse assunto.

O autor CARLOS ROBERTO GONÇALVES identificou aí duas espécies de testamento:

a) os feitos em tempo de paz, perante as cúrias reunidas, e por isso, denominados in calatis comitis (perante a assembleia convocada); b) os feitos em tempos de guerra, perante o exército prestes a ferir a batalha e, por isso, chamado de in procinctu (de pronto) (GONÇALVES, 2017).

Ainda segundo ele, tais formas de testamento seriam aprovadas ou não pelo povo.

Durante a Idade Média, eram observadas práticas testamentárias, sofrendo grandes influências políticas. Tendo em vista, que na época a Igreja Católica figurava como principal instituição, sendo considerada a maior Senhora Feudal, detentora de extensas terras e com fácil acesso nas mais altas esferas do poder. Diante disso, para muitos, os padres eram proibidos de se casar para evitar a sucessão testamentária dos bens da Igreja, tendo em vista, que isso acarretaria a diminuição do seu poder econômico, e conseqüentemente, no poder político.

Seguindo este mesmo raciocínio, durante a Europa Medieval, este poder da Igreja também era sentido aqui no Brasil, nesta época, o testamento era feito perante a presença do pároco (presbítero responsável por administrar a paróquia), com outras duas testemunhas.

O Código Civil de 1916, teve a capacidade de fazer coexistir no mesmo diploma sobre a sucessão testamentária e a legítima, solvendo dúvidas remotas, como por exemplo a proibição de dispor parcialmente do patrimônio, apesar de ter liberdade genérica para dispor em testamento, como por exemplo, a instituição de herdeiros. No que lhe concerne, o Código Civil de 2002, foi importante ao incluir o cônjuge sobrevivente entre os herdeiros necessário, atendendo assim, os clamores da doutrina e jurisprudência.

2 – CONCEITO

O testamento é uma manifestação de vontade sobre aquilo que deseja que sejam realizados logo após a morte, o qual é feito de maneira solene, e só tem validade depois da morte. Embora alguns conceitos pareçam ser sintéticos, atingem de alguma forma a essência do instituto, ao deixar claro que é o meio pelo qual a pessoa que está dispondo dos seus bens, pretende-se disciplinar qual será o rumo das relações que o envolvem e a terceiros.

Tal conceito mostra-se mais completo que o apresentado no artigo 1.857 do Código Civil, segundo o qual o testamento é um negócio jurídico solene pelo qual alguém, nos termos da lei, dispõe de seus bens, no todo ou em parte, para depois

de sua morte. Julga-se mais completo, já que as suas disposições têm efeitos não apenas sobre os bens do falecido, como também sobre os seus direitos e deveres. Fortificando esse entendimento, CARLOS ROBERTO GONÇALVES acrescenta que:

o testamento é o ambiente apropriado para fins de reconhecimento de filhos havidos fora do casamento (CC, art. 1609, III), nomeação de tutor para filho menor (art. 1729, parágrafo único), reabilitação de indigno (art. 1818), instituição de fundação (art. 62), imposição de cláusulas restritivas se houver justa causa (art. 1848) etc. (GONÇALVES, 2017).

Neste mesmo certame, vale mencionar as palavras do mestre ZENO VELOSO, aduz que (VELOSO, 2007):

O Código Civil de 2002 não tentou uma definição de testamento, no que está tecnicamente correto, limitando-se a afirmar, no art. 1.857, caput, que toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. O § 2º deste artigo esclarece: 'São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado'. Não se pode esconder, neste art. 1.857, a influência das legislações italiana e portuguesa.

Entretanto, pode-se afirmar que o testamento se trata de uma revelação de última vontade, o indivíduo dispõe, para depois de sua morte, em todo ou em parte de seus bens.

O testamento tem por finalidade produzir efeitos da disposição de última vontade do testador. Essas disposições podem ser patrimoniais ou extrapatrimoniais, ou inclusive, o mesmo pode dispor nas duas espécies, isso sem que o testamento deixe de produzir certos efeitos e passem a dependerem exclusivamente de umas das formas prevista em lei.

É um ato efetivamente liberativo, e é por esta razão que permite ao testador dispor sobre seus bens e interesses, da melhor maneira que lhe achar cabível. Um fato muito importante é que, enquanto o testador estiver lúcido, este poderá modificar o testamento sempre que achar necessário.

3 – DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS

O testamento constitui um negócio jurídico diferenciado, pois este conta com regras específicas, encontradas no Código Civil. As estipulações incluídas no testamento trata-se de cláusulas testamentárias, essas cláusulas podem ser, temporárias ou vitalícias, neste último caso, entende-se que com a morte do beneficiado extingue a eficácia da cláusula.

Com a morte do herdeiro necessário, o qual recebeu os bens clausulados no testamento, esses bens são passados aos herdeiros deste.

São previstas 5 disposições para realizar a nomeação do herdeiro, podendo ser pura e simples, a qual seria a instituição de um herdeiro sem nada em troca; condicional, para um evento futuro e incerto; motivada, para retribuir uma gratidão; modal, que seria para atender um desejo do testador, e por fim, com encargo ou contraprestação, por exemplo para garantir o estudo de uma pessoa.

4 – CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA

É o instituto pelo qual alguém pode dispor, no todo ou em parte de seus bens, através do testamento, mas para que isso possa ser realizado, é preciso ter capacidade testamentária, ou seja, a pessoa precisa preencher todos os requisitos legais disposto no Código Civil.

Para tanto, observa-se o direito de dispor de seus bens, não depende única e exclusivamente de vontade própria, mas também dos requisitos abordados pelo Código Civil.

A capacidade testamentária é necessária para que uma pessoa possa juridicamente dispor do seu patrimônio através de um testamento, ou ser beneficiado por causa de um. A capacidade testamentária pode ser dividida em duas espécies, sendo elas: capacidade ativa e capacidade passiva, a primeira é relacionada com a figura do testador e a segunda em relação a quem irá receber os bens referidos no testamento.

A capacidade é analisada no ato de realizar o testamento, porém é somente após a morte que fará o questionamento se o testamento foi válido ou não.

A capacidade que se tem para testar é diferente da capacidade para se adquirir. O menor de 16 anos e mentalmente enfermo tem a capacidade para adquirir bens, porém não tem a capacidade para se dispor de algum bem.

4. 1 – CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA ATIVA

O legislador foi taxativo ao estabelecer relação entre os casos de incapacidade, estando estes previsto no artigo 1.860 do Código Civil.

Através disso, entende-se que o relativamente incapaz pode dispor de seus bens, sendo que o menor de 16 e maior de 18 anos, podem o fazer sem a necessidade de um representante legal. Quanto aos incapazes, o fato está ligado diretamente a de não possuir condições mentais para realizar o ato, e por esse motivo, também não pode ser realizado por curador, por se tratar de um ato personalíssimo.

Houve uma grande discussão para que fosse definido quem realmente são os incapazes, pois pode ocorrer de uma pessoa natural ser maior e capaz, entretanto, no momento da realização do testamento não está e seu perfeito juízo, por ocorrência de um fato externo.

Outra questão que gerou certas discussões, foi em relação aos surdos-mudos, onde aqueles que puderem manifestar sua vontade, poderão realizar o testamento, desde que este seja realizado através de testamento cerrado.

4.2 – CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA PASSIVA

Em regra, todas seriam capazes de receber, sendo está pessoa física ou pessoa jurídica. Mas tem-se a incapacidade como exceção, entretanto, somente pessoas poderão receber os bens através de testamento, sendo excluído destes os animais e as coisas.

Somente pessoas vivas poderão receber os bens, caso ocorra do herdeiro falecer antes do testador, os filhos destes não poderão receber os bens testados, haja vista a impossibilidade de representação na sucessão testamentária, ou seja, torna-se ineficaz as cláusulas do testamento, muito embora pode o testador no ato da realização do testamento, informar que se o herdeiro faleceu, o quinhão deste será remetido aos descendentes e assim por diante.

5 – FORMAS DE TESTAMENTOS

5.1 – TESTAMENTO CERRADO

Também conhecido como místico, por se tratar de um conteúdo incerto, e o qual permanece em segredo até a morte do testador, essa modalidade de testamento é escrita pela própria pessoa que dispõe dos bens ou por terceiro a seu rogo, em caráter sigiloso, e depois aprovado pelo tabelião, na presença de duas testemunhas, podendo ter sua forma escrito de maneira mecânica ou escrita, desde que numere e autentique com a sua assinatura, todas as páginas.

Tem-se como requisitos essenciais deste tipo de testamento, aqueles listados no artigo 1.868 do Código Civil, quais são:

a) Cédula Testamentária: é aquela escrita e assinada pelo próprio testador ou por alguém a seu pedido, excetuando-se os herdeiros ou legatário, o cônjuge ou companheiros, os ascendentes ou irmãos não legitimados, nos termos do inc. I art. 1801 do CC. Insta mencionar que, não sabendo o testador escrever e ler não poderá fazer o testamento cerrado, tendo em vista que não possuirá meios de certifica-se pela leitura, que o terceiro que o testamento a seu rogo seguiu fielmente as instruções ditas por aquele (Art. 1872 CC).

b) Auto de Aprovação: segundo este procedimento, o tabelião deverá lavrar o auto de aprovação declarando na frente das testemunhas que aquele testamento lhe foi entregue, realizando a colheita das assinaturas de todos os presentes.

c) Cerramento: é a fase em que “segundo a tradição, o tabelião estando à cédula dobrada, costura-a cinco pontos de retrós e lança pingos de lacre sobre cada um” (GONÇALVES, 2017, p. 307).

Quando o testador falecer, o testamento será aberto pelo juiz, caso não haja nenhum vício externo, a fim de causar nulidade ou que estejam sendo suspeito de falsidade, o mesmo irá ordenar o seu cumprimento, conforme disposto no artigo 1.875 do Código Civil. Depois de aberto o testamento, o magistrado mandará que o escrivão leia em voz alta, para que aqueles que estão presentes tome ciência do teor do testamento.

Ao final, entrega-se cópia autenticada ao testamenteiro, a fim de fazer juntada ao processo de inventário.

5.2 – TESTAMENTO PARTICULAR

Também conhecido por testamento hológrafo, tem como sua principal característica, ser totalmente escrito e assinado pelo testador, além de necessariamente ser lido perante três testemunhas e por elas também deverão ser assinados, não contendo muitas formalidades, essa modalidade de testamento, permite que seja escrito em língua estrangeira, desde que as testemunhas consigam compreender a língua em que foi escrito.

Pelo entendimento do doutrinado, “De toda sorte, apesar de ser a forma mais fácil de ser concretizada, a modalidade particular não tem a mesma segurança do testamento público. (TARTUCE, 2017, p. 1641)

No antigo Código Civil de 1916, o testamento particular deveria ser escrito de próprio punho, não sendo aceito outro tipo de mecanismo. Já no atual Código Civil, sua interpretação foi ampliada, dando expressamente a possibilidade que o testamento particular possa ser escrito, tanto a próprio punho quanto por processo mecânico.

No mesmo diploma legal, traz uma exceção quanto a falta de testemunha, que poderá ser aceito ou não, ficando a critério do magistrado.

Pode-se perceber que nos artigos que tratam do testamento particular (1.876 a 1.880, ambos do Código Civil), os mesmos não fazem menções de formas expressas sobre datas que devem trazer em seu conteúdo, entretanto a sua indicação é um elemento comum a todos os testamentos, que tem por objetivo certificar a capacidade do testador no ato em que o fez.

Por fim, estando falecido o testador, será publicado em juízo o testamento, e será feita a citação dos herdeiros legítimos. As testemunhas são chamadas em juízo, e pelo menos uma delas deverá reconhecer a autenticidade do documento, e havendo prova o suficiente para o juiz, este o confirmará a seu critério.

5.3 – TESTAMENTO PÚBLICO

Trata-se do testamento que pode ser escrito pelo tabelião ou por seu substituto legal, em seu livro de notas de acordo com o que foi dito pelo testador, na presença de duas testemunhas, podendo esta servir como minuta, apontamentos ou nota.

Para o doutrinador CARLOS ROBERTO GONÇALVES (2017), esta espécie de testamento é o mais seguro que as demais formas, apesar de permitir que qualquer pessoa tenha conhecimento do seu teor.

É válido salientar que o testamento público, pode ser escrito tanto manualmente como através de outro mecanismo, e sempre deve ser feito na língua nacional, podendo ser feito pela inserção da manifestação de vontade em partes impressas de livro de notas, contendo a rubrica do testador em todas as páginas, se mais de uma.

Através do entendimento que se extrai do parágrafo único do artigo 1.864 do Código Civil, exige que o testamento seja escrito conforme declaração do testador, que deverá ler em voz alta. A exigência da leitura em voz alta, traz a possibilidade para que aos presentes consigam verificar a correspondência do texto escrito entre a real vontade do testador.

Além de ser o único meio de uma pessoa surda testar. O indivíduo completamente surdo, sabendo ler, este o lerá, caso não souber, designará quem irá ler em seu lugar, perante as testemunhas, conforme elucida o artigo 1.886 do Código Civil.

Ressalta-se ainda, que os mudos e os surdos-mudos, não podem testar publicamente, pelo fato de não poderem fazer declarações ao tabelião. Desta espécie de testamento, apenas podem se utilizar, os surdos, desde que não sejam mudos, os cegos, os alfabetizados em geral, e os analfabetos.

Por fim, presentes todos os requisitos e pressupostos legais, devem o mesmo ser assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião, observando as ressalvas do artigo 1.865 do Código Civil.

5.4 – TESTAMENTO MARÍTIMO E TESTAMENTO AERONÁUTICO

O artigo 1.888 do Código Civil, traz em sua redação que o testamento marítimo só poderá ser realizando quando o testador está em viagem, a bordo de navio nacional, de guerra ou mercante, sendo incluído nestes, os de turismo e de transporte de pessoas, poderá ser feito pelos tripulantes e passageiros durante as viagens em alto mar, fluviais ou lacustre, quando surgir algum risco que impossibilite o desembarque do testador em algum porto, para que faça o testamento na forma ordinária, poderá ser realizado perante o comandante e na presença de duas testemunhas. O registro de tal testamento deverá ser feito no diário de bordo.

Não será válido, se a embarcação estiver ao tempo de algum porto, onde o testador poderá desembarcar e testar de forma ordinária.

Consta do artigo 1.889 do Código Civil, aquele que estiver em viagem, a bordo de aeronave militar ou comercial, poderá realizar o testamento perante duas pessoas designadas pelo comandante, e na forma que corresponda ao testamento público ou cerrado, da mesma forma o testamento aeronáutico deve ser registrado no diário de bordo. Estes ficarão sob a guarda do comandante, que o entregará às autoridades administrativas do primeiro porto ou aeroporto, conforme elucida o artigo 1.890 do Código Civil.

O testamento marítimo ou aeronáutico caducará se o testador não morrer no percurso da viagem, ou nos 90 (noventa) dias subsequentes ao seu desembarque em terra, onde este poderá fazer outro testamento na forma ordinária.

5.5 – TESTAMENTO MILITAR

Esta espécie de testamento só pode ser realizada por militares e demais pessoas que estiverem a serviço das Forças Armadas, dentro ou fora do País, em praça sitiada ou com as comunicações interrompidas, devendo ser realizado na presença do seu respectivo comandante, poderá ser feito mesmo não havendo um tabelião ou um substituto legal, é preciso que haja duas testemunhas, caso o testador não possa ou não saiba assinar, o número de testemunhas aumenta para três pessoas, hipótese em que uma das testemunhas assinará a seu rogo.

Caso o testador saiba escrever, ele poderá realizar a próprio punho, contanto que ele date e assine por extenso, pode ser apresentado na forma cerrado ou aberto, na presença de duas testemunhas ao auditor.

Caducará o testamento desde que o testador esteja a 90 (noventa) dias seguidos em lugar onde possa realizar testamento na forma ordinária.

6 – PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Trata-se de um negócio jurídico *mortis causa*, tendo em vista que somente passará a ter efeitos com a morte do testador, antes de tal fato, testamento não passa de um ato jurídico ineficaz, o que em regra, não prejudica a sua validade. A característica principal do testamento é o fato de ser personalíssimo, e por essa razão o testamento só pode ser elaborado pelo testador. Este ato quando praticado por outrem, não tem validade jurídica, sendo exclusivamente vedado a ser escrito pela por outra pessoa, mesmo que esta esteja munida de procuração legalmente outorgada. Não será aceito também o testamento confeccionado por duas pessoas, conhecido como testamento conjuntivo.

Entretanto, a lei permite que um terceiro assine o testamento à rogo daquele que o testa, que são os casos de analfabetos ou impossibilitados por qualquer motivo, porém esta pessoa não pode ter participação nas disposições testamentárias, bem como, sob pena de nulidade, não pode ser beneficiária do testamento.

Os testamentos deverão ser unilaterais, devendo a manifestação de vontade ser isolada, isto é, somente de uma parte. Torna-se o ato perfeito, único e exclusivamente, com a vontade do testador e sua morte, que é quando será aberta a sucessão testamentária, e passado os bens aos herdeiros. Sendo assim, é independente

a aceitação do herdeiro ou de qualquer outra parte deste, desde que observadas todas as formalidades legais. Como exemplo, o testador pode dispor de um dos seus bens para um herdeiro, dando a conhecer assim a sua última manifestação de vontade. O ato do herdeiro renunciar a herança, não descaracteriza a unilateralidade do testamento. É por esta razão, que o testamento não é considerado como um contrato, pois independe da vontade das outras partes. É o que Pontes de Miranda conceitua como “revogabilidade essencial”. (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 72).

O testamento, é um ato jurídico gratuito, mesmo que a herança seja conferida com encargo, não pode ser considerado um correspectivo, esta é uma forma da liberalidade testamentária.

Da mesma maneira, é um ato solene, pois a lei traz uma rígida forma para a sua elaboração. O testamento é considerado um dos atos mais solenes e repleto de formalidades no Ordenamento Civil. Tamanha formalidade transpira sua importância.

Ademais, o testamento é um ato revogável, significa que, o testador pode a qualquer momento alterar a sua disposição de última vontade, antes de sua morte. Como afirma CARLOS ROBERTO GONÇALVES:

O poder de revogar o testamento, no todo ou em parte, é irrenunciável, uma vez que a revogabilidade constitui princípio de ordem pública. Inválida, portanto, como dito, seria a cláusula contrária à sua revogabilidade essencial, denominada revocatória ou derogatória. Ela não contamina o testamento, mas deve considerar-se não escrita. (GONÇALVES, 2017, p. 260)

A única exceção a este princípio refere-se ao reconhecimento de filho havido fora de casamento, como preleciona o artigo 1.609, III do Código Civil.

O negócio jurídico realizado pelo testador, por não haver a obtenção de qualquer vantagem para ele, tornar-se um ato gratuito.

7 – CODICILOS

A palavra codicilo é de origem latina e tem significado de epístola ou pequena carta. Trata-se de um documento escrito, onde prevalecerá a manifestação da vontade da pessoa, para que seja realizado após o seu falecimento, não podendo se confundir com testamento.

Toda pessoa capaz, pode testar mediante escrito particular seu, datado e assinado, neste faz disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmola de pouca

monta a certas e determinadas pessoas, ou indeterminadamente, como aos pobres de certo lugar, assim como também poderá legar sobre móveis, roupas, joias de pouco valor de seu uso pessoal, também é possível dispor sobre sufrágios da alma, como por exemplo, a celebração de uma missa ou culto em nome do falecido, além disso, poderá nomear ou substituir testamenteiros através do codicilo.

Quanto aos bens de pequeno valor, a jurisprudência traz o seguinte:

“Codicilo. ‘Donativo de pequeno valor’. Relatividade. Na falta de um critério legal para se aferir o ‘pequeno valor’ da doação, será esta considerado em relação ao montante dos bens do espólio, além de dever-se respeitar a última vontade do doador, máxime não havendo herdeiro necessário” (TJMG, Apelação Cível 1.0000.00.160919-7/000, Belo Horizonte, 1.^a Câmara Cível, Rel. Des. Orlando Adão Carvalho, j. 14.12.1999, DJMG 17.12.1999).

Os atos descritivos, salvo o direito de terceiro, irá valer como codicilos, o testador deixando ou não testamento. Desta forma sendo perfeitamente possível a coexistência de um testamento e de um codicilo.

Não é necessário que haja um testamento, entretanto é perfeitamente aceitável a coexistência de um, desde que os seus objetos não coincidam. No codicilo a vontade do testado deve estar clara, pois poderá haver meras anotações que sejam interpretadas de maneiras errôneas, em face da vontade do testador.

O artigo 1.885 do Código Civil, diz que, se o codicilo estiver fechado, este será aberto do mesmo modo que o testamento cerrado, inclusive tratando-se aos requisitos de abertura judicial.

Por fim, a confirmação do codicilo deve se dar do mesmo modo como ocorre no testamento particular.

8 – CONCLUSÃO

Ao decorrer do presente trabalho, podemos perceber a tamanha importância da sucessão testamentaria, tendo em vista sua ampla diversidade. Nesta percebemos que o que prevalece é o fato de ser um ato personalíssimo, por depender da última manifestação de vontade, entretanto esta pode ser alterada a qualquer momento somente pelo próprio testador.

Percebemos que, apesar de ser algo que não faz parte do cotidiano, qualquer pessoa pode dispor, através de testamento, em todo ou apenas em parte de seus bens. A exceção a esse direito se dá apenas, quando existem herdeiros necessários, sendo neste caso, que o testador poderá se dispor apenas em metade dos bens.

Concluimos que para testar, encontramos 3 maneiras ordinárias para realizar o feito, qual sejam através do testamento público, particular ou cerrado, o testamento pode ser escrito a próprio punho ou através de mecanismos, devendo ser lido e assinado por testemunhas, e também que a outras 3 maneiras extraordinárias para se testar, sendo neste caso o testamento militar, marítimo ou aeronáutico.

Em relação aos codicilos, vimos que toda pessoa é capaz de testar e fazer disposições especiais em relação ao seu funeral.

Quando não se tem um planejamento sucessório, obrigatoriamente é preciso que se faça um inventário, sendo que, uma das vantagens do planejamento é exatamente a transferência dos bens, evitando-se a partilha e determinados impostos.

9 – REFERENCIAS

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 6. Vol. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Sucessões**, 11. ed. Saraiva, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**, Vol. Único, 7. ed. Método, 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Programa de direito sucessões**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito das sucessões. vol. 6. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

REHDER, Eduardo. **Evolução Histórica do Testamento**. Jusbrasil, 2014. Disponível em <https://eduardorehdergalvao.jusbrasil.com.br/artigos/151841231/evolucao-historica-do-testamento>. Acesso em: 20/09/2019.

A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO NA RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO

ANA CAROLINA DA SILVA DE OLIVEIRA:

Estudante de direito na Universidade Veiga de Almeida, estagiou na Unidade Prisional Avançada em SC, no Instituto geral de perícias em SC e atualmente é estagiária em um escritório de advocacia e também estagiária voluntária do Instituto Pro Bono.

RESUMO: O presente estudo busca explicitar a importância de uma educação de qualidade e de um suporte para acessá-la na ressocialização dos detentos, buscando discutir também fatores da atualidade que influenciam na educação e ressocialização dos detentos, como, por exemplo, as condições degradantes de alguns estabelecimentos prisionais, a nova lei nº 13.964 que aumenta a pena máxima permitida no Brasil, analisando também como a educação dos detentos e a sua falta afeta a sociedade, em geral. Tendo em vista que a criminalidade afeta diretamente toda a sociedade faz-se necessário esclarecer que a educação é o melhor caminho para ressocializar, para evitar a reincidência e diminuir a criminalidade. Deve-se considerar também que a conscientização da população e de nossos líderes de Estado fazem parte de um longo processo de desalienação e reeducação social. Utilizou-se como metodologia a pesquisa aplicada buscando-se transmitir a essencialidade da educação para a ressocialização do detento.

Palavras-chave: Educação. Detento. Ressocialização. Sociedade. Sistema prisional.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O PRESO É O DIREITO À EDUCAÇÃO. 2.1 CONDIÇÕES PARA EDUCAR. 2.2 A EDUCAÇÃO X PRECONCEITO. 3. A INFLUÊNCIA DO AUMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA RESSOCIALIZAÇÃO DO DETENTO. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil temos uma população carcerária de cerca de 812 mil detentos, desses menos de 12,6 % são estudantes, e segundo dados transmitidos por uma pesquisa realizada pelo site de notícias G1, cerca de 8% dos detentos são analfabetos, 70% não chegou a concluir o ensino fundamental e 92% dos detentos não concluíram o ensino médio, menos de 1% dos detentos que ingressam no sistema prisional tem o ensino superior, pode-se então constatar que a falta de uma educação de boa qualidade para todos, influencia diretamente no crescimento da população carcerária, portanto, a educação poderia ser utilizada como uma das principais formas de ressocialização dos detentos. Deve-se observar que a grande

maioria dos detentos chegam ao crime pela falta de oportunidade e orientação para estudarem, o que acarreta necessitates econômicas e a falta de oportunidades no mercado de trabalho, tendo como exemplo que um, a cada três presos respondem.

por tráfico de drogas, um crime impulsionado pela desigualdade econômica e cultural, que são consequências inevitáveis da falta de educação, como demonstrado em um levantamento realizado pelo site de notícias do G1, que constata que a falta de uma educação de boa qualidade e igualmente justa para todos é um fator extremamente impactante no crescimento da criminalidade, e ainda como advertia Paulo Freire, um grande educador e filósofo (1968) “ Quando a educação não é liertadora, o sonho do oprinido é ser o opresor”(1968).

Percebesse que assim como a falta de acesso à educação e de um suporte para acessá-la, aumentam a criminalidade, o acesso a uma educação de qualidade poderia ajuda a diminuir consideravelmente o índice de criminalidade, e é extremamente importante na ressocialização do condenado, visto que com um diploma e com instrução o ex-presidiário terá mais chances de se reintegrar à sociedade, ou seja, a educação precisa ser enxergada como um instrumento crucial na ressocialização dos presos, pois, como indicado nos dados transmitidoanteriormente menos de 1% dos detentos tem nível superior, espelhando-se nesses dados se os detentos voltarem a sociedade com uma formação a chance de voltarem a delinquir poderia ser consideravelmente reduzida.

1. O preso é o direito à educação

A educação é um direito não só dos detentos, mas de todo cidadão, como estabelecido no art. 205 da constituição federal de 1998, a educação é um direito de todos e deve ser garantida pelo Estado, mas especificamente se referindo aos detentos a lei de execução penal estabelece no seu art. 10 que a assistência ao preso é dever do Estado, tendo como objetivo prevenir a criminalidade é a ressocialização do condenado, estabelecendo entre outras, a assistência a educação, que é regulada na lei de execução penal do art. 17 ao 21-A. O direito a educação também está previsto na Declaração Universal dos direitos Humanos no art. 26, como descrito por Isabela Souza, no site politize:

A educação é um direito humano que deve ser garantido a todos. É isso que diz o artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Segundo esse documento, toda pessoa tem direito à instrução gratuita nos graus elementar e fundamental, orientada para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e para o fortalecimento do respeito

pelos direitos humanos e das liberdades fundamentais.”
(ISABELA, 2017.)

Assim a maioria dos detentos sabem que tem direito a educação, mesmo reclusos, mas não há enxergam como uma forma de reingresso à sociedade, é muitas vezes por estarem tão alienados na sua cultura de pais e mães que não frequentaram a escola, seja por terem se tornado, pais muito cedo ou por precisarem trabalhar desde cedo, passam a encarar a educação como um luxo ou necessidade, porém secundária, por isso precisam de orientação, pois quando enxergarem a importância da educação enxergaram uma nova “porta” para a liberdade, ou como dizia George Washington Carver “A educação é a chave para abrir a porta dourada da liberdade” (George Washington Carver).

A educação nos presídios é uma oportunidade do detento romper com o ciclo, criminalidade x reincidência, ela possibilita que durante o cumprimento da pena para pagar o que deve a sociedade, o preso possa ter uma chance de ter uma nova realidade quando for reinserido na sociedade, o reeducado com um curso superior, por exemplo, tem uma margem maior de oportunidades perante a sociedade, o inflator não terá mais a necessidade de voltar para o crime, já o detento analfabeto terá muito mais dificuldade de se ressocializar levando em conta que não teve uma educação básica, será extremamente difícil para esse ex- presidiário encontrar um emprego, por exemplo, e este possivelmente voltará para o crime. Ademais quando o preso estuda, seja na modalidade presencial ou a distância, ele tem a possibilidade de ter sua pena reduzida como previsto na lei de execução penal, que determina que a cada 12 horas de frequência escolar equivalem a menos um dia de pena, é no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, é acrescido 1/3 sobre o tempo descontado como horas de estudo.

2.1 Condições para educar

O sistema prisional tem o objetivo de punir o infrator pelo dano causado a sociedade e reingressa-ló assim que possível de volta a sociedade para evitar gastos desnecessários e para proporcionar ao condenado uma nova chance de conviver em sociedade, mas isto é apenas no papel, pois a realidade na maioria das prisões é bem diferente, atualmente a prisão é como uma universidade do crime, como analisa o Dr. Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi:

Fora do papel, a realidade é outra. Os presos terminam por viver em celas superlotadas, sujeitos a péssimas condições de higiene, a tortura e outras violações, o que coopera para

frequentes rebeliões. A situação é de total abandono`. (LANDFREDI, 2016)

Em meio a tais condições a necessidade maior do detento é de suprir sua necessidade básica de sobrevivência, por isso para que a educação possa se efetivar como uma importante forma de ressocialização é preciso que haja condições adequadas, por exemplo o preso que é espancado ou que está em uma cela em condições degradantes não vai querer estudar, essa situação só irá reforçar a sua ideia ignorante de que só existe o caminho do crime como alternativa, elevando cada vez mais a violência, a reincidência é o preconceito social em *relação aos detentos. A ressocialização do detento além de depende de uma educação de qualidade também depende de uma estrutura, como observado pelo Dr. Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi, juiz de direito "A recuperação dos detentos depende da garantia de todos os direitos não atingidos pela privação de liberdade"*. (LANDFREDI, 2016)

2.2 A educação x preconceito

Vivemos em uma sociedade cruelmente preconceituosa, aonde segundo uma pesquisa feita pelo Datafolha, 50% das pessoas acham que "bandido bom é bandido morto", só analisando está afirmação temos a prova de como a falta de uma educação e de um suporte para acessa la constrói uma sociedade alienada e contribui para o crescimento do preconceito, preconceito esse que dificulta a ressocialização do preso e que poderia ser revertido com uma instrução de qualidade, como dizia Paulo freire "*Se a educação sozinha, não transforma a sociedade, sem ela tampouco a sociedade muda.*" (FREIRE, 2000).

Os detentos são pessoas que cometerem erros graves, muitas vezes influenciados pela cultura ao seu redor ou por necessidades, mas devemos considerar que estes tem o direito a uma nova chance, assim a sociedade precisa respeitar que o detento vai ser punido e posteriormente posto em liberdade para tentar reconstruir sua vida. A educação também se mostrar como uma alternativa para vencer o preconceito e encontrar novas oportunidades, temos como exemplo o depoimento de Raimundo Freitas Gomes, de 45 anos dado a agência senado, ele conta ficou detido quando menor de idade por roubar e por envolvimento com drogas e posteriormente quando maior de idade foi preso, como esclarece Raimundo "Um abismo chama outro abismo, e eu fui enveredando por esse mundo obscuro". (AGÊNCIA SENADO, 2017).

Quando preso Raimundo teve acesso à educação e fez cursos de eletricista predial, instalação e manutenção de placas fotovoltaicas, e logo entrou para o regime

aberto, a partir daí foi em busca de oportunidades e conseguiu um emprego na FUNAP (Fundação Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel) e também uma bolsa de estudos para cursar direito, a vida de Raimundo é um exemplo de que a educação é uma forma eficaz de ressocializar e vencer o preconceito contra ex- presidiários.

3. A INFLUÊNCIA DO AUMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO.

O aumento da pena máxima permitida no Brasil para 40 anos se deu por meio da Lei 13.964, em 24 de dezembro de 2019, como descrito abaixo:

Art.75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.

§ 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.”

Deve se analisar que o aumento da pena privativa de liberdade não será benéfico para a sociedade, pois, teremos mais gastos, mesmo sabendo que um preso obviamente não ficará detido por 40 anos no Brasil, o sumpto com o sistema prisional aumentará, pois o infrator condenado a pena máxima ou que tive soma de penas que resulte na pena máxima ficará mais tempo detido, ou seja, utilizando uma verba que poderia ser convertida para a educação, que é a forma mais humana e eficaz de combater a criminalidade e ressocializar o detento, como analisado por Alana Granda “O eixo básico de qualquer política preventiva e efetiva de segurança pública é a educação” (ALANA, 2016)

Aumentar a pena privativa de liberdade então se mostra uma forma tola de se tentar combater a criminalidade, pois manter o detento mais tempo na prisão não vai diminuir a criminalidade, apenas reafirmará a ineficaz “política do medo” pregada por muitos dos nossos líderes de Estado, que tentam “plantar” o medo no infrator, tentado passar a mensagem de que se ele cometer um crime permanecerá muito tempo na prisão, porém os presos sabem que existem formas de redução de pena e as chamadas saídas temporárias, o que só irá ajuda a aumentar cada vez mais a criminalidade e diminuir a ressocialização, como analisado pelo Dr. Luiz Flávio, advogado criminalista a 37 anos:

“Será que alguém ainda acredita que com esse aumento algum indivíduo que pretende cometer um crime irá desistir de seu intento porque houve essa alteração legislativa? Por óbvio que

não. Todas as vezes que, historicamente, a humanidade tentou reduzir criminalidade aumentando penas, colheu frustração. O que reduz a criminalidade é a certeza da punição (independentemente do tempo dessa punição), e antes dela, condições sociais de dignidade, educação e oportunidade para todos. O Brasil tem insistido no aumento de pena e no endurecimento do sistema penal, desde a Lei dos Crimes Hediondos (lei 8.072/90), para tentar reduzir a criminalidade que só aumentou nestas três décadas. Mais uma vez o legislador brasileiro insiste no equívoco”, (LUIZ FLÁVIO BORGES D´URSO, 2019).

3.1 - Considerações finais

Os detentos precisam, em primeiro lugar, assim com toda a população de líderes que realmente se importem, que se preocupem se falta vaga em creches ou escolas, que se importem se a base comum curricular realmente é suficiente, que lutem para que os professores sejam justamente remunerados e incentivados e não explorados, ou seja, que tire o país da inércia e comodismo é que o ajude a caminhar para uma futura nação desalienada e educada corretamente. Pois, a educação tem que ser a base de uma sociedade, como dito por Immanuel Kant “O homem não é nada além daquilo que a educação faz dele”. A educação pode levar o ser humano a transcendência ou na sua falta a ruína, por este motivo ela deve ser levada a todos, inclusive aos que infringiram a lei pois se educarmos corretamente essas pessoas teremos uma chance maior de diminuirmos a criminalidade e aumentarmos o índices de ressocialização, dos poucos que infringirem a lei.

REFERÊNCIAS

A visão do preso. **Em discussão**, 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/privatizacao-de-presidios/privatizacao-de-presidios/a-visao-social-do-presos>>. Acesso em: 15 de Fev, 2020.

SOUZA, Isabela. Educação no sistema prisional. **Politize!**. 2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br/educacao-nas-prisoas/>. Acesso em. 20 de fev, 2020.

MARCONDES, Marther Ap. Santana. A educação nas prisões. **Acervo Paulo Freire**, 2018. Disponível em: <http://acervo.paulofreire.org:8080/jspui/bitstream/7891/4268/1/FPF_PTPF_01_091_7.pdf>. Acesso em: 21 de Fev, 2020.

OHNESORGE, Rui. **A educação no sistema penitenciário**, e sua importância na ressocialização. Brasil escola. 2018. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-educacao-no-sistema-penitenciario-sua-importancia-na-ressocializacao.htm>>. Acesso em: 12 de março. 2020.

ANÁLISE DA PL 1397/2020 EXPLANANDO SEU PROCEDIMENTO E DESTACANDO SUA RELEVÂNCIA PARA OS PRINCÍPIOS EMPRESARIAIS E CONSTITUCIONAIS

CAMILA LIRA: Graduanda em direito pela UFPB

Resumo: Este artigo tem a finalidade de analisar o projeto de lei 1397/2020 já aprovado na Câmara dos Deputados com proposta de destacar seus benefícios para empresas nacionais que estão passando por dificuldades nesse período de pandemia e para o controle da crise econômico-financeira do país, pelo fato de tal setor ser relevante na geração de emprego e renda. Tal questão se dá através do estudo acadêmico detalhado da PL e também dos princípios do direito que a amparam.

Palavra-chave: PL 1397/2020, função social da empresa, preservação da empresa, suspensão, negociação preventiva.

Abstract: This article aims to analyze the bill 1397/2020 already approved in the Chamber of Deputies with a proposal to highlight its benefits for national companies that are experiencing difficulties in this pandemic period, as well as to control the economic and financial crisis of the country, as this sector is relevant in generating employment and income. This issue occurs through the detailed academic study of PL and also through the principles of law that support it.

Keyword: PL 1397/2020, company social function, company preservation, suspension, preventive negotiation.

Introdução

Em meio à crise sanitária mundial há muitas preocupações relacionadas a saúde pública no mundo inteiro, mas um reflexo que não se pode nega para esse período de pandemia e isolamento social é a grande recessão econômica futura ao qual o país terá que enfrentar, assim como a vasta ampliação da taxa de desemprego. Diante disso, sabemos que um setor que tem uma grande importância tanto para a geração de riquezas quanto para a de emprego são as empresas, fato ressaltado até pelo jurista André Santa Cruz;

“A Revolução Industrial e intensificado pelo processo de globalização, deixou clara a relevância das atividades econômicas para o progresso da sociedade como um todo, em função da geração de empregos, do avanço tecnológico etc.” (Santa Cruz, 2017, p.840)

Além disso, existe ainda própria valorização dada pela Constituição para a iniciativa privada sendo ela exposta como valor fundamental que rege todo o ordenamento jurídico nacional, presentes nos Art.1, IV e que se liga aos objetivos constitucionais de desenvolvimento nacional e erradicação de pobreza e redução de desigualdades presente no Art. 3, II e III da Constituição Federal.

Em tempos de pandemia tais diretrizes não poderiam ficar em desamparo, visto que desde de o começo da crise mundial provocada pela corona vírus o Estado vem buscando amparar setores da sociedade para que os impactos de tão situação não se agravem e o país não cai em completa miséria.

Diante da valorização constitucionais e suas diretas contribuições para o bem-estar da sociedade a Câmara dos Deputados já aprovou a PL 1397/20 proposta pelo deputado Hugo Leal para alterações transitórias de regras de recuperação judicial durante o período de pandemia.

Análise da PL 1397/2020

O projeto tem por finalidade preservas atividades econômicas que estão passando por dificuldades momentâneas por conta da pandemia e valerá para pessoas físicas e jurídicas que desempenham atividades econômicas. Segundo o seu autor "O eixo de equilíbrio dos contratos em vigor foi profundamente alterado, sendo necessário que o devedor e seus credores busquem soluções de reequilíbrio das obrigações pactuadas" Fonte: Agência Câmara de Notícias

Com vigência para 31 de dezembro ou enquanto durar o período de calamidade pública declarada pelo governo federal, projeto de lei trás alterações a Lei n. 11.101/05 como a suspensão de ações judiciais de execução, decretação de falência e negociação previa com credores.

Primeira exposição das alterações do projeto de lei é a suspensão legal imediatas de ações judiciais, de natureza executiva que envolvam discussão ou cumprimento de obrigações vencidas após a data de 20 de março de 2020.

Além disso, fica vetada a realização de excussão judicial ou extrajudicial das garantias reais, fiduciárias, fidejussórias e de coobrigações, decretação de falência, despejo por falta de pagamento ou outro elemento econômico contratual, a resolução unilateral de contratos bilaterais, sendo considerada nula qualquer disposição contratual nesse sentido, inclusive de vencimento antecipado, a cobrança de multas de qualquer natureza todas essas vedações serão seguidas por um prazo de 60 dias.

Depois desse prazo de 60 dias o agente econômico poderá entrar com jurisdição de forma voluntária que o projeto denomina negociação preventiva, mas tal ação só pode ser ajuizada uma única vez. Essa negociação terá prazo máximo de 60 dias, o devedor poderá requerer ao juiz que nomeie um negociador para conduzir as negociações com seus credores, já a presença dos credores nas sessões de negociação será facultativa, mas o devedor terá obrigação de informá-lo sobre o início das negociações.

Na continuidade do procedimento legal o devedor ou seu negociador devem agir com transparência e apresentar ao juiz o resultado das negociações com os credores e também relatório de sobre trabalhos desenvolvidos, depois caberá ao juiz avaliar se o agente encaixa para ter o direito de utilizar o procedimento visto que ele deverá comprovar redução de 30% de seu faturamento comparada à média do último trimestre.

Não cabendo nesse procedimento nenhuma reposta, manifestação ou qualquer tipo de averiguação ou perícia. Os resultados pra o procedimento se forem positivos estabelece um acordo entre o devedor e o credor encerrando o procedimento, já se o desdobrar for negativo com a impossibilidade de estabelecer acordo ainda restará ao devedor entrar com o processo normal judicial ou extrajudicial de recuperação judicial ou falência.

A relevância da PL respaldada em princípios constitucionais e empresariais

Como resultado da avaliação acima das propostas fixadas no projeto de lei, ver-se que tais adesões são de relevância para preservar as atividades econômicas e conseqüentemente a preservação de empregos, além de junto a negociação preventiva os devedores tem oportunidade de não se preocuparem após a pandemia em renegociar suas obrigações e situação econômico-financeira tentado, assim, uma maior oportunidade de retomada econômico com a continuidade de suas atividades sem submeter a processo de insolvência civil ou de recuperação ou falência.

Outro ponto muito importante que deve ser analisado para a implicação das alterações a lei proposta é que o próprio direito falimentar, que inclui a recuperação judicial, tem em seu ordenamento o princípio da conservação da empresa e princípio da função social da empresa que atende os princípios constitucionais mencionados no começo do texto presentes nos Art.1, IV e Art.3, II, III da Constituição.

"os princípios da função social da empresa e da preservação da empresa: a recuperação visa a promover (1) a preservação da empresa, (2) sua função social e (3) o estímulo à atividade econômica (atendendo ao cânone constitucional inscrito no

artigo 3º, II e III, que definem como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais)." (Mamede,2000, P.123)

A própria Lei n.11.101/05 que está sobre alvo de alteração provisória menciona tais princípios em seu Art.47; "A recuperação judicial de empresas tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica."

Portanto a proposta apresentada apenas adequa o sistema de recuperação judicial ao período de pandemia e isolamento social que desencadeou um séria crise econômico-financeira no país que prejudicou diversas empresas que se tornaram insolventes ou que enfrentam dificuldades financeiras em decorrência da pandemia da COVID-19. Por isso, a projeto de lei proposto é a melhor forma de manter e respeitar os princípios do direito empresarial de preservação da empresa e de função social da empresa.

Conclusão

O artigo através de seu método de informação, a parti de análise da própria PL e dos princípios que ele respalda e resguarda tem por objetivo trazer um reconhecimento para a importância da aprovação de tal legislação, agora no senado, em virtude de seus efeitos benéficos para própria empresas, assim como para retomada da economia do país em tempo de crise provocadas pela pandemia.

Referencias

Hugo Leal. **PL 1397/2020**: Projeto de Lei. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2242664>. Acesso em: 27 maio 2020.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro**: falência e recuperação de empresas. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial**. 7. ed. São Paulo: Método, 2017.

BRAISIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1397/2020, de 01 de abril de 2020. Institui medidas de caráter emergencial mediante alterações, de caráter transitório, de dispositivos da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005; que somente terão vigência até 31 de dezembro de 2020, ou enquanto estiver vigente o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 (Reconhecimento do estado de calamidade pública em razão da pandemia causada pelo covid-19); e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A85B5DF8D84A167340F5C5E4509CD56F.proposicoesWebExterno1?codteor=1872397&filename=PL+1397/2020. Acesso em: 27 maio 2020.